Das fiduziarische Rechtsgeschäft.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen juristischen Fakultät

der

Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Ulrich Mögling

Referendar aus Tübingen.

ACAD. LUGDUNAT. BIBL.

Würzburg.

C. J. Becker's Universitäts-Buchdruckerei.

1908.

Referent: Herr Professor Dr. **v. Wendt.**

Inhaltsangabe.

I. Einleitung.

§ 1. Name, Begriff und Zweck des Geschäfts.

II. Das fiduziarische Rechtsgeschäft.

§ 2. Die Anwendungsfälle des fiducia-Begriffs im heutigen Recht.

1. Pfandfiduzia.
   a) die fiducia cum creditore im engeren Sinn.
   b) die Sicherungsübereignung von Mobilien unter Belassung im Schuldnergewahrsam.
   c) der Sicherheitswechsel.
2. Die Fälle der fiducia cum amico im weiteren Sinn.
   a) Forderungszession zum Inkasso.
   b) Vollindossament zum Inkasso.
   c) Eigentumsübertragung zu Verkaufszwecken.
   d) die Fälle der fiducia cum amico als Ersatz für depositum.

§ 3. Ablehnung des fiduziarischen Charakters bei Sammelbeiträgen und Fideikommissen.

§ 4. Die Frage der Anerkennung und Giltigkeit des Rechtsgeschäfts im Allgemeinen.

§ 5. Der rechtliche Charakter des fiduziarischen Eigentums.

§ 6. Streitfragen bezüglich einzelner Anwendungsfälle.

1. Das fiduziarisch übertragene Eigentum:
Die Sicherungsübereignung von Mobilien insbesondere unter Belassung im Schuldnergewahrsam.
2. Das fiduziarische Forderungsrecht.
a) Die Forderungszession zu Pfandzwecken.
b) Das Vollindossament zu Pfandzwecken.
c) Die Forderungszession zum Inkasso.
d) Das Vollindossament zum Inkasso.

§ 7. Das fiduziarische Rechtsgeschäft im Konkurs.

§ 8. Fälle betrügerischer Ausnutzung des fiduziarischen Rechtsgeschäfts.

§ 9. Strafrechtliche Folgen der Untreue des Fiduziars.

III. Schlußwort.

Literaturverzeichnis.

Bähr, Urteile des Reichsgerichts.

Becker, Die Sicherung des Gläubigers durch constitutum possessorium Dissertation Erlangen, 1899.

Beseler, Erbverträge.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. 1. Bd. Leipzig 1886.

Bülow, Die Sicherungsübereignungen. Diss. Göttingen 1894.

Dreyer, Das fiduziarische Rechtsgeschäft, in Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begr. v. Gruchot, Bd. 40.

Düringer, Sicherheitskäufe, in der Leipziger Zeitschrift für Handels- und Konkursrecht, 1908, Nr. 2.

Dungs, Über die Rechtsstellung des Gläubigers für fremde Rechnung, in Gruchots Beiträgen Bd. 32.

Feuer-Mecke, Zivilrechtliche Entscheidungen, 10. Jahrg.

Fischbach, Das Sammelvermögen, Diss. Straßburg 1907.

Fuß, Die Rechtsnatur des Vollgiros zu Inkassozwecken, Diss. Kiel 1899.

Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 2.

Goldschmidt, Miszellen zur Theorie der Wertpapiere, in seiner Zeitschr. Bd. 13.

Goltz, Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- u. Konkurs-Rechts, Diss. Rostock 1901.

Haas, Sicherstellung durch Übereignung einer Geldsumme. Diss. 1899.

Heck, Die fiducia cum amico ein Pfandgeschäft mit Salmann, in der Savigny-Zeitschrift Bd. 10.

Hellwig, Wesen u. subjektive Begrenzung der Rechtskraft.

Holz, Wechseleigentum u. stilles Prokuraindossament in Gruchots Beitr. Bd. 50.

Jakobi, Die Wertpapiere, Jena 1901.

de Jonge, Das stille Prokuraindossament, Berlin 1888.

Katzenstein, Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien, in Gruchots Beitr. Bd. 29.

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, 1885.

Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation in Iherings Jahrb. für die Dogmatik, Bd. 16.

Kohler, Konkursrecht.

Kriegsmann, Der Rechtsgrund (causa) der Eigentumsübertragung nach dem Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs, besprochen v. Wienstein, Berlin 1905.

v. Lang, Die Wirkung der fiduziarischen Geschäfte, im Archiv Band 83.

Leist, Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien, Jena 1899.

Leonhard, Über die Gefahren einer Beseitigung der Verpfändung beweglicher Sachen durch bloßen Vertrag, nebst einem Anhang über die beabsichtigte Beseitigung des constitutum possessorium, in Gruchots Beitr. Bd. 25.

Lilienthal, Die Übereignung zum Zweck der Sicherung, in der deutschen Juristen-Zeitung, 7. Jahrg. 1902, Nr. 23.

Linckelmann, Die Sicherungsübereignungen, in Kohlers Arch.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. [Bd. 7.

Meumann, Der Einwand des Inkassomandats im Wechselprozeß in Buschs Arch. f. Handels- u. Wechselrecht, Bd. 34.

Örtmann, Die fiducia im römischen Privatrecht, 1890.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 7. Aufl. 1905.

Protokolle, Der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. III.

Regelsberger, Zwei Beiträge zur Lehre von der Zession, im Archiv Bd. 63.

Regelsberger, Pandekten.

Regelsberger, in Endemanns Handbuch des deutsch. Handels- und Seerechts, Bd. II.

Schöninger, Forderungsabtretung zum Zweck des Einzugs (Zession zum Inkasso) im Arch. Bd. 96.

A. Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, in Iherings Jahrb. Bd. 43.

A. Schultze, die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung, in Untersuchungen zur deutsch. Staats- und Rechtsgeschichte, herausgegeben von Gierke, Bd. 48 u. 49, 1895.

L. Seuffert, Konkursprozeßrecht.

Skonietzki, Die Umbildung des handelsrechtlichen Indossaments zu einer allgemeinen Vollzugsform für die Übertragung verbriefter Forderungsrechte, in Gruchots Beitr. Bd. 29.

Stammler, Schuldverhältnisse.

v. Wendt, die exceptio doli generalis im heutigen Recht, oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse; im Archiv Bd. 100, 1906.

Werthauer, der fiduziarische Indossatar und die Einrede des dolus im deutsch. Wechselrecht, in Grünhuts Ztschr. Bd. 13.

Wieland, der Wechsel und seine zivilrechtlichen Grundlagen, Basel 1901.

Wienstein, cfr. Kriegsmann.

Wienstein, Der Begriff der Inkassozession; in der deutschen J. Ztg. 10. Jahrg.

Wulff, Das Vollindossament zu Inkassozwecken, Berlin 1892.

ferner Lehrbücher und Entscheidungen cfr. die Cit.

Das fiduziarische Rechtsgeschäft.

I.

Einleitung.

§ 1. Name, Begriff und Zweck des Geschäfts.

Unter dem Namen „fiduziarische Rechtsgeschäfte" hat zum erstenmal Regelsberger[1]) eine Gruppe von Rechtsgeschäften zusammengefaßt, welche gewisse gleichartige Merkmale in Konstruktion und Wirkung haben. Dieser Name ist auch in der Folgezeit die anerkannte Bezeichnung dieser Gattung von Rechtsgeschäften geblieben.

Das Wort „fiducia" stammt bekanntlich aus der Geschichte des Pfandrechts. Dieser Begriff der fiducia findet sich im altrömischen Recht als fiducia cum creditore, Eigentumsübertragung zu Pfandzwecken, woneben Gajus Inst. II, 59, 60 noch die fiducia cum amico, Eigentumsübertragung zu Verwaltungs-Stellvertretungs- oder Aufbewahrungszwecken, also auch als Ersatz des depositum, erwähnt. Als ein solcher Anwendungsfall der fiducia cum amico sei hier nur ganz kurz die römische coëmptio fiduciae causa erwähnt, auf welche unten noch näher zurückzukommen sein wird, und aus welcher zu ersehen ist, daß wenigstens im römischen Recht der Begriff der fiducia sich

[1]) In seiner Schrift: „Zwei Beiträge zur Lehre von der Zession" im Arch. für die ziv. Praxis. Bd. 63 S. 173 ff.

nicht nur auf dem Gebiete des Vermögensrechts findet, sondern sich auch im Familienrecht wiederholt.[1])

Das Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts besteht darin, daß dadurch ein Rechtszustand herbeigeführt wird, der in seinen Wirkungen über den von den Parteien beabsichtigten Erfolg bewußtermaßen hinausgeht (z. B. Eigentumsübertragung zu Pfandzwecken, Vollindossament eines Wechsels zu Inkassozwecken). Der eine Vertragsteil, der „Fiduziant", giebt hierbei dem andern, dem „Fiduziar", die Stellung des Eigentümers der Sache oder eines Forderungsgläubigers und verläßt sich darauf, daß der andere die ihm eingeräumte Stellung nur zu den zwischen ihnen verabredeten Zwecken gebrauchen, und das in ihn gesetzte besondere Vertrauen nicht mißbrauchen werde.

Der Zweck derartiger Rechtsgeschäfte im allgemeinen ist der, daß der Fiduziar als Eigentümer der Sache freier über sie verfügen kann, denn als Mandatar, und bei Übertragung eines Rechts dasselbe selbständiger und wirksamer dritten Personen gegenüber geltend machen kann.

Der Grund für die Schaffung einer solchen Stellung des Fiduziars kann ein sehr verschiedener sein. Die Parteien sind vielleicht der Ansicht, daß diese Regelung der Sache für sie größere Vorteile bietet, als ein ihrer Absicht direkt entsprechendes Rechtsgeschäft, oder daß mit der an sich nächstliegenden Rechtsform praktische Unannehmlichkeiten verbunden sind, z. B.

---

[1]) Noch ein anderes Institut des römischen Rechts kann hier, zwar nicht als ein Anwendungsfall der fiducia cum amico, sondern mehr zur Vergleichung herangezogen werden. Es ist dies der römische adstipulator, der Vertrauensmann des Gläubigers, der sich in dessen Interesse die Zahlung einer Geldsumme vom Schuldner mit versprechen ließ und so Korrealgläubiger neben dem Hauptgläubiger wurde. Die Parallele liegt hier darin, daß ähnlich wie bei der fiducia eigentliches Gläubigerrecht lediglich zu Vertretungszwecken eingeräumt ist. Um einen Anwendungsfall der fiducia cum amico kann es sich hier aber aus dem Grund nicht handeln, weil ja der adstipulator nicht alleiniger Gläubiger, sondern nur Korrealgläubiger neben dem Hauptgläubiger wird.

Besitzentbehrung beim Faustpfand gegenüber Eigentumsübertragung unter Belassung im Schuldnergewahrsam. Möglich ist auch der Grund, daß eine zweckentsprechende Rechtsform fehlt. So wird z. B. ein „Sicherheitswechsel" ausgestellt, weil die Eingehung einer Wechselverbindlichkeit für eine künftige, der Höhe nach noch unbestimmte Schuld nicht möglich ist.

„Fiduziarisch" nennt man also gewisse Rechtsübertragungen, welche durch die wirtschaftliche Natur des Kausalverhältnisses nicht veranlaßt sein würden, dennoch aber erfolgen, um bestimmte praktische Ziele zu gewinnen, die in normaler Form nicht erzielt werden könnten.

Wie im folgenden gelegentlich der Aufzählung der einzelnen Anwendungsfälle der fiducia im heutigen Recht gezeigt werden wird, haben wir es bei der oben erwähnten, dem Fiduziar übertragenen Rechtsmacht bei Sachen stets mit einer Übertragung von Eigentum, bei Rechten mit einer Übertragung des Rechts als solchen zu tun, z. B. Zession einer Forderung zum Zweck des Einzugs, Eigentumsübertragung einer Sache zu Pfandzwecken. Wir gelangen somit zu dem Begriff der fiduziarischen Übereignung. Infolge der überaus verschiedenen Anwendungsfälle der fiducia kann der Begriff der fiduziarischen Übereignung nur etwa folgendermaßen definiert werden: Die fiduziarische Übereignung ist Eigentums- bezw. Rechtsübertragung, die zu andern als Veräußerungszwecken erfolgt. So v. Wendt[1]), und ganz ähnlich Dernburg[2]): „sog. fiduziarische Geschäfte liegen in der Übertragung von Sachen oder Rechten, welche wirtschaftlich nicht die Vermehrung des Vermögens des Empfängers bezweckt, sich vielmehr andere Ziele steckt." Eine mehr positive Definition gibt Enneccerus-Lehmann[3]): „fiduziarisches Geschäft nennt

[1]) In seiner Schrift: „Die exceptio doli generalis im heutigen Recht" im Arch. für die ziv. Praxis. Bd. 100 S. 276.

[2]) „Das bürgerliche Recht". Bd. I S. 566.

[3]) „Das bürgerliche Recht" 1900. Bd. I S. 218.

man eine Übertragung von Vermögensrechten, die nur die Verwaltung der übertragenen Rechte zum Zweck hat."

Das fiduziarische Rechtsgeschäft setzt sich zusammen aus einer solchen fiduziarischen Übereignung und einer damit verbundenen besonderen Verabredung, der sog. „Fiduzia-Klausel", dahingehend, daß der Empfänger das Eigentum nur zu gewissen in dem Vertrag näher bestimmten Zwecken, durch welche das Interesse des Fiduzianten gewahrt wird, benutzen soll. Für das so geschaffene Rechtsverhältnis ist, wie unten näher auszuführen sein wird, die dingliche und die obligatorische Seite auseinanderzuhalten. Die dingliche Seite kommt hauptsächlich im Verhältnis zu Dritten, die obligatorische im Verhältnis zwischen Fiduziar und Fiduziant zur Geltung.

II.

Das fiduziarische Rechtsgeschäft.

§ 2. Die Anwendungsfälle des Fiducia-Begriffs im heutigen Recht.

Wie oben bemerkt ist bei Gajus unterschieden zwischen fiducia cum creditore einerseits und fiducia cum amico andererseits. Er unterscheidet also nach den Zwecken, welche mit der fiducia verfolgt werden, nämlich einerseits den Pfandzwecken und und andererseits den Stellvertretungs- Verwaltungs- und Aufbewahrungszwecken.

In entsprechender Weise gliedern sich auch die Anwendungsfälle des fiduziarischen Rechtsgeschäftes im heutigen Recht. Diese sind:

1. Eigentumsübertragung und Rechtsübereignung je zum Zweck der Sicherung und Befriedigung, also zu Pfandzwecken (die Fälle der sog. „Pfandfiduzia").
2. Zession einer Forderung bezw. Übertragung eines Wechsels durch Vollindossament, je zum Zweck der Einkassierung.
3. Eigentumsübergabe zu Verkaufszwecken.

4. Übereignung von Sachen oder Rechten an einen Vertrauensmann zu Stellvertretungs- Verwaltungs- und Aufbewahrungs-Zwecken, entsprechend der römischen fiducia cum amico.

ad 1. Eigentumsübertragung und Rechtsübereignung zu Pfandzwecken.

Hiernnter sind die Fälle der römischen fiducia cum creditore, auch fiducia pignoris causa, kurz „Pfandfiduzia" genannt, zu subsumieren.

a) Der Schuldner überträgt zu Pfandzwecken das Eigentum einer Sache oder ein Forderungsrecht mit der Verabredung, daß der Gläubiger ihm das Eigentum an der Sache bezw. das Recht zurückzuübertragen habe, sobald die Schuld, deren Sicherung die causa des Rechtsgeschäfts bildete, irgendwie, z. B. durch Bezahlung oder Aufrechnung, erloschen sein werde.[1]) Die Wirkung eines solchen Rechtsgeschäfts ist die: Der Gläubiger wird Eigentümer der Sache oder Forderungsgläubiger, der Schuldner verliert also sein Eigentumsrecht zu gunsten des Gläubigers, aber er erhält aus dem Vertrag einen obligatorischen Anspruch gegen den Gläubiger darauf, daß dieser ihm die Sache oder das Recht bei Tilgung der Schuld zurückübereignet.[2]) Der Gläubiger, der Fiduziar, wird voller Eigentümer bezüglich der fiduziarisch ihm übereigneten Sache bezw. Forderungsgläubiger in Ansehung der ihm zedierten Forderung. Er kann in jeder beliebigen Weise über sie verfügen; will er vertragstreu handeln, so darf er allerdings nur in einer Weise über sie verfügen, daß er imstande bleibt, das betr. Vermögensobjekt verabredungsgemäß salva rerum substantia nach Tilgung der Schuld zurückzugeben.

---

[1]) Eine solche Sicherungsübereignung ist ein giltiges fiduziarisches Rechtsgeschäft. So R. G. Entsch. Bd. 57 S. 175 ff. Das Nähere über die Frage der Giltigkeit s. unten, § 6.

[2]) Über die Frage der Giltigkeit einer verabredeten lex commissoria vgl. Düringer „Sicherheitskäufe" in der Leipziger Zeitschrift für Handels und Konkursrecht 1908. Nr. 2.

Veräußert er die Sache verabredungswidrig an einen Dritten, so erwirbt dieser ohne weiteres das Eigentum daran, denn es liegt kein Erwerb von einem Nichtberechtigten vor. Der Dritte ist also nicht etwa genötigt, die Vorschriften des B. G. B. über den gutgläubigen Erwerb (§ 932 ff.) für sich geltend zu machen. Ist dann auf diese Weise der Fiduziar nicht mehr in der Lage, seiner Verpflichtung dem Fiduzianten gegenüber nachzukommen, so kann Letzterer von ihm auf dem Weg einer obligatorischen Klage nach Art der römischen actio mandati directa Schadensersatz in Höhe des Wertes des übereigneten Vermögensobjekts verlangen. Ein Anspruch auf Herausgabe dem dritten Erwerber gegenüber steht dem Fiduziant dagegen nicht zu, und zwar selbst dann nicht, wenn der dritte Erwerber das fiduziarische Verhältnis beim Erwerb der Sache vom Fiduziar kannte. Der Fiduziar ist eben als Eigentümer rechtlich zu jeder Verfügung über das Vermögensobjekt berechtigt. Seine Verpflichtung dem Fiduziant gegenüber ist nur eine obligatorische, nicht eine dinglich wirkende. Bei dieser sog. Pfandfiduzia wird das Eigentum bezw. Forderungsrecht auf die gewöhnliche Weise übertragen. Bei beweglichen Suchen also auf die in §§ 929—931 B. G. B. genannte Weise, bei Immobilien durch Auflassung und Eintragung ins Grundbuch und bei Rechten in der dafür vorgeschriebenen Weise also z. B. durch Abtretungsvertrag (Zession) gemäß § 398 B. G. B.[1])

b) Eine besondere Art dieser Pfandfiduzia ist die Sicherungsübereignung von Mobilien unter Belassung im Schuldnergewahrsam. Dieser in der Praxis sehr häufig vorkommende und in der Jurisprudenz viel umstrittene Fall kann sich in sehr verschiedener Form vollziehen und zeigt sich oft folgendermaßen: Ein kleiner Handwerker, sagen wir ein Schreiner, der weder ein Haus noch ein Grundstück sein eigen nennt, möchte zur Vergrößerung seines Betriebs oder aus

[1]) Daß eine abstrakte Eigentumsübertragung zur Sicherung ein rechtswirksames Geschäft ist, ist ausdrücklich festgestellt in R. G. Entsch. Bd. 59 S. 146.

sonst einem Grund ein größeres Darlehen aufnehmen. Das einzige Vermögensobjekt, durch dessen Verpfändung er sich den nötigen Kredit verschaffen kann, ist die Einrichtung seiner Werkstatt und sein sonstiges Mobiliar. Beides aber kann er unmöglich entbehren. Hier wird die Sache so gemacht: Er, der Darlehensschuldner, leistet seinem Gläubiger für das erhaltene Darlehen dadurch Sicherheit, daß er ihm sein ganzes Mobiliar oder einen Teil desselben zu Eigentum überträgt, wobei aber keine reale Übergabe erfolgt, sondern dem Schuldner der Besitz der ihm zu seinem Fortkommen unentbehrlichen Gegenstände, die Eigentum des Gläubigers geworden sind, belassen wird. Sobald der Schuldner später das Darlehen zurückgezahlt hat oder seine Verbindlichkeit sonstwie erloschen ist, hat verabredungsgemäß der Gläubiger die Pflicht, ihm das Eigentum an den Gegenständen zurückzuübertragen.

Ein ähnlicher derartiger Fall liegt in folgendem Beispiel vor: Eine Familie, welche aus einem Haus, wo sie in Miete wohnte, verziehen will, kann die letzte Rate des Mietzinses nicht bezahlen, sondern muß diese dem Hauseigentümer schuldig bleiben; um nun eine dem letzteren nach §§ 559 und 561 B.G.B. mögliche Pfändung des eingebrachten Inventars zu verhüten, wird ihm zum Zweck der Sicherung der Forderung das Eigentum an dem Inventar gemäß § 562 B.G.B. übertragen. Durch Nebenvertrag beläßt der Hauseigentümer das Inventar dem abziehenden Mieter miet- oder leihweise. Wird die Rate später bezahlt, so muß der Eigentümer das Inventar dem Mieter zurückübereignen; dies geschieht dann am einfachsten durch brevi manu traditio gemäß § 929 Satz 2 B.G.B.

Vielfach zeigt sich aber das hier charakterisierte Rechtsgeschäft nicht in dieser unverhüllten Gestalt, sondern tritt in dem Gewand eines etwa aus Kauf, Miete und Rückkauf zusammengesetzten Vertrags auf. Die Parteien schließen einen Kaufvertrag. Derjenige von ihnen, welcher ein Darlehen aufnehmen oder eine gewisse Summe schuldig bleiben will, also der Schuldner, verkauft dabei dem Gläubiger sein Inventar

oder einzelne Gegenstände. Will erst ein Darlehen aufgenommen werden, so bildet dessen Höhe den Kaufpreis, welcher dann in baar bezahlt wird, bestand aber schon eine Schuld und soll nur der Gläubiger für diese gesichert werden, so wird Kaufpreis und Schuld gegenseitig aufgerechnet. Die verkauften Gegenstände, die der Schuldner in Wirklichkeit gar nicht entbehren kann, werden nicht übergeben, sondern während sich die Übereignung gemäß § 929 B.G.B. vollzieht, wird die Übergabe gemäß § 930 B.G.B. durch constitutum possessorium ersetzt, sodaß die Gegenstände auf Grund eines Miet- oder eines sonstigen, in § 868 B.G.B. genannten Vertrags in den Händen des Schuldners verbleiben. Manchmal wird auch ein Mietzins verabredet, der dann meist die Höhe des Zinses der Darlehenssumme zeigt. Endlich verabreden die Parteien noch ein Rückkaufsrecht des Verkäufers innerhalb gewisser Zeit. In manchen Fällen wird dabei vereinbart, daß der Käufer die Gegenstände sofort vom Verkäufer herausverlangen dürfe, wenn dieser die in dem pactum de retroëmendo bestimmte Zeit unbenutzt verstreichen lassen sollte.

Hier liegt allerdings nicht ohne weiteres ein fiduziarisches Rechtsgeschäft vor. Es ist zu untersuchen, ob im einzelnen Fall dieser Kauf mit Rückkaufsberedung nicht ein Scheingeschäft ist, durch das die Parteien ein anderes, nämlich eben eine Sicherungsübereignung, verdecken wollten, oder ob das Geschäft in ernsthafter Absicht geschlossen wurde. Im letzterem Fall ist, da lediglich ein Kauf mit Rückkaufsberedung vorliegt, von einer fiducia cum creditore keine Rede mehr, und das Geschäft darf nicht mehr zu den fiduziarischen gezählt werden. Anders im ersteren Fall. Ist der Kauf mit Rückkauf nur simuliert, um dadurch eine von den Parteien in Wahrheit beabsichtigte Sicherungsübereignung zu verdecken, dann gilt ja nach § 117 Abs. 2 B.G.B. das dissimulierte, das verdeckte Geschäft, nämlich eben die Sicherungsübereignung; da diese aber zweifellos stets als ein fiduziarisches Rechtsgeschäft anzusehen ist, so fällt auch jener

simulierte Kauf mit Rückkauf unter den Begriff des fiduziarischen Rechtsgeschäfts.

Düringer (a. a. O.) will dagegen auch den ernstgemeinten Kauf mit Rückkaufsberedung, wenn er zu Sicherungszwecken erfolgt, als ein fiduziarisches Geschäft betrachten. Bei dem von ihm (S. 101) angeführten Beispiel liegt der Fall so, daß der Schuldner zur Sicherung für eine schon bestehende Forderung dem Gläubiger seine Fahrnis verkaufte. Der Kaufpreis wurde, wie in dem Vertrag ausdrücklich bemerkt war, gegen die zu sichernde Forderung aufgerechnet. Düringer führt nun zwei Entscheidungen an, in denen das Reichsgericht die hier interessierende Frage in verschiedener Weise entscheidet. Die Entscheidung des 7. Zivilsenats vom 10. April 1906 erklärt, wenn es sich um Erlangung einer Sicherung handle, so habe die vereinbarte Aufrechnung nur die Form abgegeben, um die zu sichernde Forderung vorläufig zu tilgen. Da aber durch die vereinbarte Rückkaufsklausel dem Schuldner die Möglichkeit gegeben werden sollte, den Gläubiger anderweit endgiltig zu befriedigen, so könne man an der Ernstlichkeit der Aufrechnungserklärung zweifeln; die ursprüngliche Forderung des „Käufers" sei trotz der Aufrechnungserklärung nicht endgiltig erloschen.

Dem gegenüber sagt die Entscheidung des ersten Zivilsenats vom 30. Oktober 1907, wenn die Parteien, die wohl ursprünglich ein fiduziarisches Rechtsgeschäft im Auge gehabt haben, nachher ein reelles Kaufgeschäft mit Aufrechnung des Kaufpreises gegen die Schuld des Verkäufers geschlossen haben, so seien ihre Erklärungen mit der Annahme eines blos fiduziarischen Rechtsgeschäfts unvereinbar.

Düringer hält nun nicht diese letztere sondern jene erstere Entscheidung für zutreffend, indem er sagt, nur sie werde dem wahren Willen der Vertragsparteien und dem von ihnen verfolgten wirtschaftlichen Zweck gerecht. Für die ganz überwiegende Mehrzahl der Sicherungskäufe sei anzunehmen, daß nur die Übereignung zur Sicherung mit oder ohne Gebrauchsüberlassung an den Schuldner ernstlich gemeint sei, während

alles andere Scheinerklärungen seien. Die Parteien wollen, sagt Düringer, meist bei einem solchen Sicherungskauf nicht, daß, wie erklärt, die Schuld mit dem Kaufpreis aufgerechnet werde, sondern sie wollen, daß die Schuld fortbestehe. Sie wollen nicht, daß dem Schuldner nur ein Rückkaufsrecht gewährt werde, sondern sie wollen, daß er später seine Schuld bezahle, wozu er nach wie vor verpflichtet bleibe.

Dem gegenüber ist zu sagen: Gewiß wird der Fall manchmal so liegen, wie Düringer annimmt, nämlich, daß der geschlossene Vertrag nur eine Sicherungsübereignung verdecken soll, aber es ist nicht einzusehen, warum nicht ebenso oft der ganze Vertrag ernst gemeint gewesen sein soll. Düringer sagt, das, was die Parteien wollen, nämlich daß der Schuldner nach wie vor zur Bezahlung der Schuld verpflichtet sein solle, falle ja weg, wenn die Aufrechnung als ernstlich gemeint angenommen würde. Aber schadet denn das etwas? Die Verpflichtung fällt dann freilich weg; aber die Sache liegt doch so, daß der Schuldner meist ihm unentbehrliche Vermögensstücke verkauft. Nun verabreden die Parteien einen Termin, bis zu welchem dem Schuldner ein Rückkaufsrecht zustehen soll. Kauft er die Gegenstände bis dahin nicht zurück, so verliert er dieses Recht und muß gewärtig sein, daß der Käufer (falls vorher die Übergabe durch ein constitutum possessorium ersetzt war, ihm die Objekte wegnimmt und) sich auf Grund seines Eigentumsrechts aus den Objekten befriedigt. Durch diese Aussicht wird doch der Schuldner trotz seines Rückkaufs-„Rechts" mindestens ebenso sehr zur Rückzahlung „verpflichtet", zur Rückzahlung in Form des Rückkaufs, wie vorher durch die nunmehr erloschene obligatorische Verpflichtung zur Bezahlung der Schuld. Der Schlußeffekt wird also auch unter der hier vertretenen Annahme der gleiche sein, wie ihn Düringer wünscht. Er geht also zu weit, wenn er in den weitaus meisten Fällen der Sicherungskäufe Simulation annehmen zu müssen glaubt. Vor allem aber ist ihm gegenüber darauf zu beharren, daß ein ernstgemeinter Kauf mit Rückkaufsberedung kein fiduziarisches Geschäft ist, denn eine obli-

gatorisch gebundene Übereignung ist noch kein fiduziarisches Rechtsgeschäft.

c) Ein weiterer Anwendungsfall der fiducia cum creditore ist der Sicherheits- oder Depotwechsel. Ein solcher Wechsel wird ausgestellt zum Zweck der Sicherung für eine noch nicht bestehende, künftig in Aussicht genommene, in ihrer Höhe noch nicht sicher festzustellende Schuld, aber doch bereits für eine bestimmte Summe, welche die Maximalhöhe der zu kontrahierenden Schuld bildet. Die Parteien wählen diesen Weg, weil sie die Sicherung durch Wechsel einer solchen etwa durch Faustpfand vorziehen, und weil ferner ein Wechsel für eine unbestimmte Summe nicht ausgestellt werden kann. Hat die zu kontrahierende Schuld des A. dem Wechselinhaber B. gegenüber dann die Höhe der Wechselsumme erreicht, so soll B. meist den Wechsel an Zahlungsstatt behalten und damit die Schuld erloschen sein. Erreicht die Schuld die Höhe der Wechselsumme nicht, so hat B. den Überschuß, die Differenz zwischen Schuldhöhe und Wechselsumme, nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung an A. herauszugeben. Übersteigt die Höhe der Schuld die Wechselsumme, so hat B. für die Differenz eine weitere Forderung gegen A. Meist wird dann ein weiterer Sicherheitswechsel ausgestellt.[1])

ad 2. Zession einer Forderung bezw. Übertragung eines Wechsels durch Vollindossament je zum Zweck der Einkassierung.

a) Eine im modernen Recht sehr häufig benutzte Anwendungsform der fiducia ist die zu Inkasso-Zwecken. Handelt es sich um eine Forderung, so erscheint die fiduziarische Übereignung im Gewande der Zession. Der Gläubiger einer bereits oder in Bälde fälligen Forderung kann oder will dieselbe nicht selbst eintreiben und übereignet sie zu diesem Zweck durch Zession gemäß § 398 B.G.B. einem Andern mit der Verabredung,

[1]) Das Weitere über Depotwechsel s. Staub, Kommentar zur Wechselordnung, Art. 4 Anm. 57, Art. 82 Anm. 27 u. 69.

daß der Andere das durch die Einziehung Erlangte, ev. unter Abzug einer Provision, an ihn, den Zedenten, herausgeben solle. Durch die Abtretung, die dem Schuldner vorsorglicher Weise angezeigt werden kann, wird der Zessionar vollberechtigter Gläubiger der Forderung und somit über sie in vollem Umfang verfügungsberechtigt. Im Innenverhältnis, dem Zedenten gegenüber, ist er bloßer Inkassomandatar, denn er ist diesem auf Grund des fiduziarischen Vertrags obligatorisch verpflichtet, das auf Grund der Forderung Erlangte herauszugeben. Bei einem vertragswidrigen Gebrauch des Forderungsrechts ist er ihm zum Schadenersatz verpflichtet. — Die Frage der schuldnerischen Einreden dem Zessionar gegenüber ist weiter unten behandelt.

b) Nur eine andere Erscheinungsart dieses soeben besprochenen fiduziarischen Rechtsgeschäfts zeigt sich uns in dem Vollindossament eines Wechsels zu Inkassozwecken. Wie bei der Forderungszession zum Inkasso das Gläubigerrecht, so geht hier das Eigentum an dem Wechsel und damit die Rechte aus dem Wechsel durch Vollindossament vom Indossanten auf den Indossatar über. Nebenher wird zwischen diesen Beiden verabredet, daß diese Übereignung nur zum Zweck des Einzugs der in dem Wechsel enthaltenen Forderung dienen und der Indossatar das auf Grund des Wechsels Erlangte an den Indossanten, ev. unter Abzug einer Provision, herausgeben solle. Ein solches Vollindossament zu Inkassozwecken findet sich im Verkehr überaus häufig, besonders da die an sich für den verfolgten Zweck genügende Erteilung eines Prokuraindossaments als Mißtrauensvotum angesehen wird und daher wenig gebräuchlich ist. — Über die Einreden des Wechselschuldners gegenüber dem Indossatar s. unten.

ad 3. Eigentumsübergabe zu Verkaufszwecken.

Will jemand durch einen Andern Waren, Wertpapiere oder andere Gegenstände verkaufen lassen, so bieten sich ihm hierzu verschiedene Wege. Es liegt ganz in seiner Hand, welche rechtliche Stellung er dem Andern dabei einräumen will, aber je nach der Fülle der Rechtsmacht, welche er dem Andern zum

Zweck des Verkaufs der Gegenstände einräumt, zeigt sich das diesem Zweck gewidmete Rechtsgeschäft in sehr verschiedener Form. Es kann z. B. eine Stellvertretung vorliegen oder eine Verkaufskommission oder ein Trödelvertrag. Kann man nun eines von diesen als fiduziarisches Rechtsgeschäft im Sinne der oben gegebenen Definition ansehen? Die Frage ist zu verneinen. Bei einer Stellvertretung ist das ohne weiteres einleuchtend, denn hier ist ja der Beauftragte gar nicht eigenberechtigt. Zweifelhafter könnte die Frage sein, ob etwas derartiges bei der Verkaufskommission und dem Trödelvertrag vorliegt. Doch auch dies ist zu verneinen. Weder der im B.G.B. § 675 angedeutete und im H.G.B. § 383—406 geregelte Kommissionsvertrag, noch der weder im B.G.B. noch im H.G.B. genannte, aber aus dem früheren Recht her bekannte Trödelvertrag sind wirkliche fiduziarische Rechtsgeschäfte. Bei beiden fehlt das Moment der zweckübersch ießenden Rechtsmacht, denn weder der Kommissionär noch der Trödler werden mit der Übergabe der Gegenstände, die sie verkaufen sollen, Eigentümer derselben. Sowohl bei der Verkaufskommission wie beim Trödelvertrag bleibt der Auftraggeber, im ersteren Fall Verkaufskommittent genannt, Eigentümer.

Kann man sich aber, das ist die Frage die hier interessiert, nicht ein der Verkaufskommission und dem Trödelvertrag im Übrigen gleich geartetes und nur insofern von beiden verschiedenes Rechtsgeschäft denken, als bei ihm das Eigentum der zu verkaufenden Gegenstände nicht beim Kommittent bezw. Auftraggeber des Trödlers verbleibt, sondern an den Kommissionär oder Trödler übergeht? Ich glaube, diese Frage ist zu bejahen. Warum sollte es bei der im Obligationenrecht herrschenden Vertragsfreiheit nicht möglich sein, dem Kommissionär und dem Trödler anstatt der im H.G.B. bezw. im früheren Recht ihnen zuerteilten Rechtsmacht das Eigentum zu übertragen?

Der dem Kommissionär ähnliche Beauftragte erhält dann die unbeschränkte Verfügungsmacht über die zu verkaufenden Waren; er wird Eigentümer derselben. Gelingt ihm der Ver-

kauf, so hat er dem Auftraggeber den Erlös daraus abzuliefern. Die übrige Ausgestaltung ist die gleiche wie bei der gewöhnlichen Kommission. Ebenso wird der dem Trödler ähnliche Beauftragte Eigentümer der Gegenstände. Er hat im Gegensatz zu dem oben genannten Beauftragten bei einem Verkauf der Waren den über den vereinbarten Preis erzielten Mehrerlös nicht an den Auftraggeber abzuliefern.

Ob derartige, wie die beiden eben genannten Verträge, in Wirklichkeit vorkommen, ist dem Verfasser nicht bekannt. Möglich sind sie jedenfalls und es erscheint auch nicht ganz unwahrscheinlich, daß in dem einen oder anderen Fall einmal die Regelung des Verhältnisses in dieser Weise zwischen Auftraggeber und Beauftragtem erfolgt.

ad 4. Übereignung von Sachen oder Rechten an einen Vertrauensmann zu Stellvertretungs-, Verwaltungs- und Aufbewahrungszwecken, entsprechend der römischen fiducia cum amico.

Es kommt vor, daß jemand auch heutzutage einen Vertrag nach Art der römischen fiducia cum amico abschließt. Er übereignet also einem Bekannten, einem Vertrauensmann, eine Sache, einen Sachkomplex oder sein ganzes Vermögen mit der Verabredung, das Gut für ihn aufzubewahren, in bestimmter von den Beiden vereinbarter oder dem Vertrauensmann anheimgestellter Weise damit zu verfahren, und es ihm zu bestimmter Zeit oder bei Eintritt eines gewissen Ereignisses zurückzuübereignen. Der Vertrauensmann hat hier also die Rolle eines Verwahrers oder Verwalters, ev. auch Stellvertreters des Fiduzianten. Wir finden hier die fiducia als Ersatz eines depositum.

Während heute diese Verträge nach Art der fiducia cum amico sich wohl ausnahmslos im Rahmen des Vermögensrechts abspielen, finden wir, was ihre Anwendung in früherer Zeit, besonders im römischen Recht, anlangt, verschiedene dem römischen Recht ganz eigene Fälle, in denen es sich um familienrechtliche Dinge handelt Einmal der Fall der coëmptio fiduciae

causa. Die Frau, welche sich der auctoritas ihres Tutor legitimus, ihres Vormunds, entziehen wollte, begab sich tutelae evitandae causa in die manus ihres Gatten oder eines Dritten (das konnte durch Eingehung einer Scheinehe aber auch anders geschehen) mittels coëmptio fiduciae causa. Kraft der fiduziarischen Klausel mußte dann der neue Inhaber der manus die Frau durch remancipatio aus der manus entlassen. Als manumissor wurde er zum Tutor der Frau, aber nicht zum Tutor legitimus, welcher der Frau gegenüber bezüglich Testamentserrichtung, Veräußerung usw. ein Veto hatte, sondern zum Tutor fiduciarius. Der Endzweck dieser coëmptio fiduciae causa war also die mutatio familiae.

Zu erwähnen ist hier ferner noch die emancipatio des Haussohns. Der pater familias verkaufte den Sohn durch mancipatio fiduciae causa scheineshalber dreimal einem Andern in die Knechtschaft; dieser ließ ihn durch in iure cessio jedesmal wieder frei. Die dritte Freilassung hatte dann die emancipatio des Haussohns, die Entlassung aus der väterlichen Gewalt, zur Folge.

Ganz ähnlich war der Vorgang bei einem dritten derartigen Rechtsgeschäft, der datio in adoptionem. Auch hier verkaufte der Vater seinen Sohn dreimal durch mancipatio fiduciae causa scheineshalber in die Knechtschaft. Zweimal wurde der Sohn vom Käufer wieder freigelassen durch in iure cessio. Das dritte Mal trat der pater adoptans vor dem Prätor mit einer Scheinvindikation in patriam potestatem gegen den Käufer oder, falls dieser dem Vater den Sohn zurückmanzipiert hatte, gegen den pater familias selbst als Scheinbeklagten auf. Auf die confessio in iure des Käufers oder Vaters und die darauf hin erfolgte addictio des Prätors kam dann der Adoptionserfolg zustande.

Im heutigen Recht beschränken sich, wie schon oben erwähnt, die Fälle der Anwendung der fiducia cum amico lediglich auf vermögensrechtliche Erfolge. Der Eigentümer übereignet sein Landgut einem Vertrauensmann zur Verwaltung,

oder er übereignet ihm eine Sache, z. B. Wertpapiere, zur Aufbewahrung, oder ein Gläubiger übereignet einem Geschäftsfreund eine Forderung zur Einkassierung. Derartige Anwendungsfälle sind in unbegrenzter Zahl und in den verschiedenartigsten Zusammensetzungen denkbar. Des Näheren auf diese verschiedenen Möglichkeiten einzugehen, ist hier nicht der Ort. Dagegen ist an dieser Stelle noch über den Fall zu reden, bei welchem es sich um Geldaushändigung an den Fiduziar handelt.

Ich meine hier den Fall, daß der Eigentümer einem Vertrauensmann Geld aushändigt, um es in seinem, des Eigentümers, Interesse in irgend welcher, zwischen den Beiden näher vereinbarten Weise zu verwenden. Ein Beispiel mag genügen: A übergibt dem B, welcher gerade zur Post geht, eine Geldsumme, um ihm dafür Briefmarken zu besorgen. Hier kann natürlich auch ein Geschäftsbesorgungsvertrag in der Weise vorliegen, daß A dem B nur den Besitz des Geldes überlassen will. Es soll aber angenommen werden, daß A dem B das Eigentum an dem Geld verschaffen will. Dieser Fall ist deshalb besonders zu erwähnen, weil hier die rechtliche Natur des Geldes mitspricht, und weil für dieses gewisse besondere, von andern Vermögensobjekten abweichende Regeln gelten. Während in den sonstigen oben erwähnten Fällen zu dem Übergang des Eigentums vom Fiduziar auf den Fiduzianten außer der Übergabe stets noch der Übereignungswille der Parteien dazukommen muß, ist dies hier nicht nötig, wenigstens dann nicht, wenn das übergebene Geld nicht von dem des Empfängers getrennt aufbewahrt, sondern mit demselben vermengt wird. Eine Separation ist dann in den meisten Fällen unmöglich. Im römischen Recht wurde deshalb, wer fremdes Geld in seinen Besitz bekam und dasselbe mit seinem eigenen Geld ununterscheidbar vermengte, von selbst Eigentümer des fremden Geldes. Nach B.G.B. dagegen wird der Besitzer in diesem Fall nicht Alleineigentümer, sondern Miteigentümer des Andern gemäß § 947 und 948 B.G.B. Jeder von Beiden ist dann Miteigentümer im Verhältnis des Wertes zur Zeit der Vermengung. Bleibt dagegen das Geld trotz der Übergabe ge-

trennt, z. B. in erkennbar bezeichneten Rollen oder als Papiergeld, dann bleibt im römischen wie im heutigen Recht der frühere Eigentümer Alleineigentümer trotz der Erlangung des Besitzes seitens des Andern. Wenden wir nun diese Sätze auf unseren Fall an, so ergibt sich folgendes: Nach römischem Recht ist eine fiduziarische Übereignung von Geld einmal dann ausgeschlossen, wenn das Geld von dem Empfänger nicht erkennbar getrennt von seinem eigenen gehalten wird, denn dann wird ja der Empfänger unabhängig von dem Willen der Parteien Eigentümer und das widerspricht dem Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts. Nach dem Recht des B.G.B. gilt dasselbe, denn daß hier der Empfänger nicht Allein- sondern Miteigentümer wird, ändert an dem Resultat nichts. Nach römischem Recht, wie nach dem des B.G.B. wäre dagegen eine fiduziarische Übereignung von Geld an sich dann möglich, wenn das übereignete Geld von dem Empfänger nicht mit seinem Geld vermengt, sondern von diesem erkennbar getrennt aufbewahrt werden soll. Denn dann hat das Geld keine von andern Objekten verschiedene Wirkung. Der Wille der Parteien wird aber allerdings in einem solchen Fall wohl selten der sein, daß der Empfänger als Eigentümer das Geld unberührt und unbenutzt aufzubewahren und dem früheren Eigentümer später genau dieselben Stücke wieder aushändigen soll, sondern der Letztere wird in diesem Fall dem Empfänger das Geld zu beliebigem Gebrauch übereignen und sich nur ausbedingen, daß er später die gleiche Summe, den gleichen Wert, zurückerhält. Das wäre wenigstens der einzig vernünftige Sinn eines solchen Geschäfts. Dann liegt aber für das römische Recht wie für das des B.G.B. wiederum kein fiduziarisches Rechtsgeschäft vor, sondern ein depositum irregulare, weil nach § 700 B.G.B. die Vorschriften über das Darlehen in diesem Fall Anwendung finden, somit wieder gesetzliche Vorschriften statt der Parteivereinbarungen Platz greifen. Die Wirkung ist hier allerdings die gleiche, wie bei den fiduziarischen Rechtsübertragungen.

§ 3. Ablehnung des fiduziarischen Charakters bei Sammelbeträgen, Einsetzung eines Testamentsvollstreckers und bei Fideikommissen.

a) Es fragt sich, ob darin, daß jemand zu einer irgend welchen, besonders aber einen wohltätigen Zweck verfolgenden öffentlichen oder privaten Sammlung etwas beisteuert, ein fiduziarisches Rechtsgeschäft zu erblicken ist.

Oskar Fischbach[1]) lehnt den fiduziarischen Charakter eines solchen Spendungsgeschäftes zum Zweck einer Sammlung ab (a. a. O. S. 43). Dieses Spendungsgeschäft meint er, sei, möge man den Charakter der fiducia nach römisch rechtlichem Prinzip mit obligatorischer oder nach germanischem Prinzip mit der von A. Schultze behaupteten dinglichen Wirkung verbunden auffassen, aus dem Grund nicht als fiduziarisch anzusehen, weil beide Konstruktionen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts Eigentümlichkeiten aufweisen, die mit der rechtlichen Natur des Spendungsgeschäfts nicht harmonieren. Fischbach sagt, regelmäßig habe der Fiduziant die Absicht, bei der Übereignung einer Sache an den Fiduziar sich die Rückgabe derselben zu sichern; außerdem handle der Fiduziant in der Regel in seinem eigenen Interesse, während der Spender dies offenbar nicht tue. Eine Rückgabe des Beigesteuerten würde den Sammelzweck vereiteln, außerdem liege beim Spendungsgeschäft im Gegensatz zum fiduziarischen kein durch die wirtschaftlichen Interessen des Spenders bedingter Akt, sondern ein Liberalitätsakt vor. Was endlich den von A. Schultze behaupteten Charakter des fiduziarischen Rechtsgeschäfts betreffe, so sei auch diese Art nicht als vorliegend zu erachten, da die Annahme eines dinglich wirkenden fiduziarischen Rechtsgeschäfts sich mit den Grundsätzen des Sachenrechts überhaupt nicht vereinigen lasse. Was sodann die eigene Ansicht Fischbachs über die Natur des Sammelbeitrags anlangt, so sagt er, da von einer Dereliktion der Gaben keine Rede sein

[1]) In seiner Dissertation „Das Sammelvermögen", Straßburg 1907.

könne, müsse das Eigentum entweder auf den Sammler übergehen, oder bei dem Spender verbleiben. Die Tradition seitens des Spenders bewirke nun nicht den Eigentumsübergang der Gaben auf den Sammler (außer bei Geldspenden; hier gehe das ursprüngliche Eigentum unter und es trete an die Stelle Miteigentum aller Spender), denn dies liege nicht in der Absicht und im Interesse des Spenders, der von der Vorstellung ausgehe, daß er trotz Übergabe der Spende an derselben noch Rechte besitze, die erst mit Erreichung des Sammelzwecks erlöschen. — Ist das aber richtig? Hat der Spender wirklich ein Interesse, noch *Rechte an der Gabe* zu behalten und hat er nicht vielmehr nur ein Interesse daran, *ein Recht* zu haben, *zu verlangen, daß die Gabe bestimmungsgemäß verwendet wird*? *Fischbach* sagt dann weiter, der Spender sei nach Hingabe der Spende nicht bloß moralisch sondern auch rechtlich an ihrem Schicksal interessiert. Ein solches Interesse pflege aber dann nicht vorhanden zu sein, wenn die endgiltige Ausscheidung einer Sache aus dem Vermögen einer Person kraft Eigentumsübertragung stattgefunden habe. Auch dieser Satz ist m. E. nicht anzuerkennen. Der Spender *will* ja, wie aus der ganzen Sachlage hervorgeht, eine Ausscheidung der Gabe aus seinem Vermögen zu gunsten des Sammelzwecks. Er will diesen Vermögensverlust, aber nur unter der Voraussetzung, daß dafür der Sammelzweck gefördert wird. Daß aber der Spender trotz Ausscheidung der Gabe aus seinem Vermögen doch noch die Möglichkeit hätte, den Sammler auf vertragsmäßige Verwendung und ev. auf Herausgabe der Zuwendung zu verklagen, das wird unten näher ausgeführt werden. Nach *Fischbach* erhält der Sammler also für gewöhnlich kein Eigentum an den Gaben, sondern lediglich ein Verwaltungs- und Verfügungsrecht, also ein begrenztes dingliches Recht, das mit der Tradition der Gabe zu stande kommt. Was die obligatorischen Rechtsverhältnisse zwischen Spender und Sammler anlangt, so liegt nach *Fischbach* zwischen Beiden ein Vertrag des Inhalts vor: Der Spender verspricht die Hingabe der Sache

zu einem bestimmten freigebigen Zweck, und der Sammler verspricht, den ihm übertragenen Gegenstand so zu verwalten und so darüber zu verfügen, daß der Sammelzweck möglichst gefördert wird. Was den Zweck des Geschäfts anlange, so finde man hier eine besonders geartete causa, die „Spendungskausa"; der Spender wolle nicht eine Forderung auf Rückleistung oder Gegenleistuug erwerben. Der Spendungsvertrag sei also kein gegenseitiger Vertrag; es sollen nicht die Dienste des Sammlers die Gegenleistung für die Hingabe der Spende bilden, diese erfolge vielmehr grundsätzlich unentgeltlich.

Ich möchte dem gegenüber folgende Konstruktion vorschlagen: Der Beitrag ist aufzufassen als datio ob rem. Der zugrund liegende Vertrag ist ein dem altrömischen Innominat-Realkontrakt entsprechender: do ut facias. Im römischen Recht wäre eine actio praescriptis verbis auf die Gegenleistung, d. h. die Verwendung des Beitrags zu dem betreffenden Zweck, gegeben gewesen. Wird die Erreichung des Zwecks aus irgend einem Grund unmöglich, so kann causa data causa non secuta auf Herausgabe geklagt werden.

Daß hier unter dieser letzteren Annahme von einem fiduziarischen Charakter des Spendungsgeschäftes keine Rede sein kann, bedarf wohl keiner weiteren Ausführung, da es sich ja, wenigstens nach der hier vertretenen Ansicht, um eine wirkliche, definitive Veräußerung, oder, da dieselbe unentgeltlich geschieht, besser Entäußerung handelt, was der fiduziarischen Übereignung direkt widerspricht.

b) Es ist hier ferner auf zwei Institute des römischen Rechts hinzuweisen, welche in ihrer ursprünglichen Natur als auf fiduziarischer Grundlage beruhend anzusehen sind, diese Natur aber im Laufe der Entwicklung geändert haben.

aa) Das testamentum per aes et libram, von welchem uns Gajus (Inst. II § 102 ff) berichtet. Der Testator mancipierte seinen Nachlaß vor fünf Zeugen und dem libripens an einen Dritten, den familiae emptor — „amico familiam suam . . . mancipio dabat, eumque rogabat, quid cuique post

mortem suam dari vellet". — Der familiae emptor wurde also Eigentümer des Nachlasses; er verpflichtete sich aber dabei, den Willen des Testators auszuführen — „familia pecuniaque tua endo mandatelam custodelamque meam, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libra esto mihi empta." — Hiermit erklärt er, daß er die familia nur als Mandatar und als Pfleger fremden Gutes durch Manzipation zu Eigentum übernehme. Er ist somit Testamentsvollstrecker im Gewand eines Eigentümers. Also auch hier wieder das fiduziarische Moment: eine durch die wirtschaftliche Natur des Kaufalverhältnisses nicht veranlaßte Rechtübereignung zum Zweck der Erreichung eines bestimmten praktischen Erfolgs. Später hat sich allerdings die Natur des Testamentsvollstreckers so verändert, daß von einem fiduziarischen Charakter desselben nicht mehr gesprochen werden kann.

bb) Ein anderes Rechtsgeschäft verdient hier noch Erwähnung. Es ist dies das Universalfideikommiß des früheren römischen Rechts.

Während zunächst nach ius civile ein Vermächtnis nur in der strengen Form des legatum, also in der Form der formellen Zuwendung in einem Testament, angeordnet werden konnte, machte die kaiserliche Rechtsprechung eine Rechtsform möglich, durch welche auch formlose, in eine Bitte an den Erben gekleidete Verfügungen des Erblassers zugunsten Dritter — sog. fideicommissa — bindend uud klagbar wurden. Um ein Universalfideikommiß handelt es sich dann, wenn der Erblasser demjenigen gegenüber, welcher ab intestato oder ex testamento sein Erbe war, die Bitte aussprach, er möge den ganzen Erbteil an einen Dritten später herausgeben. Ein solches Universalfideikommiß bedeutete eine versteckte Erbeinsetzung eines Dritten. Der so onerierte Erbe hieß seit dem S. C. Trebellianum „heres fiduciarius". Zur Erfüllung des ihm auferlegten Universalfideikommisses verkaufte vorher der heres fiduciarius die Erbschaft zum Schein (durch mancipato nummo uno) an den Fideikommissar. Das ganze aktive Vermögen der Erbschaft ging dann an den

Letzteren über, während die Schulden bei dem heres verblieben. Der „Käufer", der Fideikommissar, versprach deshalb dem heres für die Schulden aufzukommen resp. ihn dafür schadlos zu halten. Dadurch, noch mehr aber seit dem S. C. Trebellianum durch dessen Rechtssatz, war praktisch das erreicht, was wir heute Einsetzung einer Nacherbschaft nennen, denn in dem Universalfideikommiß konnte, wie in jedem Fideikommiß, bestimmt sein, daß der heres fiduciarius seinen Erbteil erst nach einer bestimmten Zeit herausgeben sollte. Wir haben es hier, soweit das Geschäft bis jetzt gekennzeichnet wurde, unzweifelhaft mit einer fiduziarischen Einsetzung des heres fiduciarius zu tun. Später aber hat sich dieser fiduziarische Charakter des Rechtsgeschäfts geändert. Schon die spätere Entwicklung des römischen Rechts und daran anschließend dann noch mehr das heutige Recht, sind darüber hinausgegangen und haben das Fideikommiß zur eigentlichen Erbeseinsetzung gemacht, sodaß wir dieses Institut jetzt nicht mehr als ein fiduziarisches bezeichnen können.

§ 4. Die Frage der Anerkennung des Begriffs und der Giltigkeit des fiduziarischen Rechtsgeschäfts im Allgemeinen.

Es handelt sich darum, hier, ehe auf die einzelnen Anwendungsfälle des Begriffs fiducia näher eingegangen wird, eine Übersicht über die Entwicklung der Anerkennung dieses Begriffs zu geben, und zwar der Anerkennung nach zwei Seiten hin, einmal was das Verhältnis des fiduziarischen Rechtsgeschäfts zur Simulation und zum rechtsgeschäftlichen Schleichweg, und zweitens zu den Begriffen Rechtsverschaffung und Legitimationserteilung betrifft.

a) Simulation und rechtsgeschäftlicher Schleichweg.

1. Bekanntlich hat das Reichsgericht in seiner früheren Rechtsprechung das fiduziarische Rechtsgeschäft als simuliert aufgefaßt. Es hat von dieser Anschauung ausgehend z. B. den Fall der Sicherungsübereignung als verschleierte Verpfändung behandelt. Doch bald erhob sich gegen diese Auffassung lebhafter Widerspruch von verschiedenen Seiten,

so vor allem von Regelsberger und v. Wendt, und unter der Einwirkung dieser Opposition hat dann das Reichsgericht den von ihm bisher in dieser Richtung eingeschlagenen Weg verlassen und zwischen den beiden Begriffen der Simulation und des fiduziarischen Rechtsgeschäfts streng unterschieden. Es hat diese Übung bisher in konstanter Rechtsprechung beibehalten und der Erfolg ist der, daß in Wissenschaft und Praxis sich diese Begriffe geklärt haben und eine reinliche Scheidung zwischen ihnen erfolgt ist.

Ein simuliertes Rechtsgeschäft ist ein solches, das dazu dient, zum Zweck der Täuschung anderer einen Schein hervorzurufen, welcher bewußtermaßen der Wirklichkeit nicht entspricht. Ein solches simuliertes Rechtsgeschäft kann nun eine doppelte Bedeutung haben; entweder die Parteien wollen in Wirklichkeit gar keine rechtsgeschäftliche Willensbetätigung unter sich (z. B. Erklärung eines Kaufs nur zum Schein), dann liegt ein reines Scheingeschäft i. S. des § 117 Abs. 1 B.G.B. vor. Oder die Parteien wollen beim Vertragsabschluß nicht das erklärte, das zur Schau getragene Rechtsgeschäft, sondern ein anderes, welches durch das erklärte verdeckt werden soll (z. B. Einkleidung einer Schenkung in einen Kauf). Hier ist kein reines Scheingeschäft, sondern ein verdeckendes Rechtsgeschäft abgeschlossen, und hier gilt dann nicht das simulierte, wohl aber das dissimulierte, das verdeckte Rechtsgeschäft, falls wenigstens seiner Giltigkeit nicht irgend welche Hindernisse im Wege stehen. Dieser zweite Fall der Simulation ist in § 117 Abs. 2 B.G.B. geregelt.

Der Begriff der Simulation, mag es sich nun um den ersten oder den zweiten Fall handeln, umfaßt zwei Momente, nämlich einmal die Täuschungsabsicht Dritten gegenüber, und ferner ein „zum Schein handeln". Wie verhält sich nun das fiduziarische Rechtsgeschäft zum simulierten? Auch bei dem ersteren kann eine Täuschungs-

absicht Dritten gegenüber vorhanden sein. Dem Fiduziar wird stets ein durch die wirtschaftliche Natur des Kausalverhältnisses an sich nicht veranlaßtes Maß von Berechtigung verliehen, während diese, insofern zwecküberschießende, Rechtsmacht durch obligatorisch wirkende Nebenberedung unter den Parteien auf das Maß des verfolgten Zwecks wieder beschränkt wird, welch' letztere Beredung aber Dritten verborgen bleibt, ev. auch verborgen bleiben soll. Dadurch werden diese über den wirtschaftlichen Endzweck des vorgenommenen Rechtsgeschäfts getäuscht; es wird ihnen gegenüber, ob gewollt oder nicht, ein Schein erweckt, welcher mit der wahren Rechtslage im Widerspruch steht. Dagegen fehlt es beim fiduziarischen Rechtsgeschäft im Gegensatz zum simulierten an einem „zum Schein handeln" zwischen den Parteien, denn hier erklären die Parteien ein Rechtsgeschäft, nämlich das fiduziarische, und wollen es mit seinen sämtlichen Rechtsfolgen sowohl Dritten gegenüber als auch unter sich.

Selbstverständlich kann das fiduziarische Rechtsgeschäft im konkreten Fall auch einmal, wie jedes Rechtsgeschäft, simuliert sein. Das liegt aber nicht im Wesen des Geschäfts als eines fiduziarischen. Ob ein fiduziarisches Geschäft simuliert ist, ist vielmehr lediglich Tatfrage.

2. Wie verhält sich das fiduziarische Rechtsgeschäft zum rechtsgeschäftlichen Schleichweg? Unter einem solchen rechtsgeschäftlichen Schleichweg — man nennt ihn auch „Gesetzesumgehung", „in fraudem legis agere" — versteht man das, daß die Parteien zur Erreichung eines vom Gesetz nicht gewollten rechtlichen Erfolgs ein an sich erlaubtes Rechtsgeschäft benutzen und dadurch das Verbot umgehen. Ein zu einer solchen Gesetzesumgehung benutztes Rechtsgeschäft unterscheidet sich von der Simulation vor allem dadurch, daß hier kein „zum Schein Handeln" vorliegt, sondern ebenso, wie beim fiduziarischen Geschäft, sich der rechtsgeschäftliche Wille der Parteien und ihre Er-

klärungen decken. Das erklärte Rechtsgeschäft ist hier vollkommen ernst gemeint; nicht einmal eine Täuschungsabsicht Dritten gegenüber ist zu finden, allein das Rechtsgeschäft ist trotzdem nichtig, da es zur Herbeiführung eines vom Gesetz mißbilligten, somit verbotenen Erfolges benutzt wird. Das fiduziarische Rechtsgeschäft dagegen will nicht einen vom Gesetz mißbilligten Erfolg, sondern es will nur einen erlaubten Erfolg aus gewissen Gründen auf andere als die normale Weise erreichen. Daß aber das fiduziarische Geschäft im einzelnen Fall auch einmal als rechtsgeschäftlicher Schleichweg benutzt werden kann, ist klar. Über die vielerörterte Streitfrage, ob ein solcher Fall eines rechtsgeschäftlichen Schleichwegs in der Anwendung des fiduziarischen Rechtsgeschäfts als Sicherungsübereignung von Mobilien eventuell unter Belassung im Schuldnergewahrsam zu erblicken ist, darüber siehe unten S. 36 und besonders S. 40 ff.

Wir kommen somit zu dem Resultat, daß das fiduziarische Rechtsgeschäft *an sich* weder als ein simuliertes noch als ein rechtsgeschäftlicher Schleichweg schlechthin zu betrachten ist, und daß es sich von Beiden seinem Wesen nach deutlich unterscheidet.

b) Rechtsverschaffung und Legitimationserteilung.

Über das im Vorstehenden Gesagte herrscht z. Zt. im allgemeinen Einigkeit in Praxis und Wissenschaft. Wir können feststellen, daß man früher beim fiduziarischen Rechtsgeschäft zunächst Simulation annahm. Der Ursprung dieser Simulationslehre war der, daß früher, entgegen der jetzigen Anschauung der der Eigentumsübertragung als eines abstrakten dinglichen Vertrags, zur Eigentumsübertragung eine iusta causa traditionis erfordert wurde. Nachdem dann der Vorwurf der Simulation und des rechtsgeschäftlichen Schleichwegs nicht mehr verfingen, suchte man auf andere Weise, dem fiduziarischen Rechtsgeschäft ein Bein zu stellen. Man versuchte, da man an seiner *Giltigkeit* nicht mehr zu rütteln vermochte, seine *Wirkung* bezüglich

der Eigentumsübertragung bezw. Rechtsübereignung anzuzweifeln unter der Behauptung, bei der fiduziarischen Übereignung eines Rechts gehe nicht das Gläubigerrecht über, sondern nur die Legitimation zur Geltendmachung des Rechts. Diese Behauptung haben besonders Schöninger[1]) und Staub[2]) durchzuführen gesucht.

Schöninger geht aus von dem Begriff der Forderungszession zum Inkasso. Er sagt, die Forderungsabtretung i. S. des § 398 B.G.B. sei ein dinglicher Veräußerungsvertrag; ihre Wirkung bestehe somit in dem materiellen Übergang der Forderung in das Vermögen des Zessionars. Sei die Zession ein reines Scheingeschäft, so habe sie gar keine Rechtswirkung, sei sie dagegen ein verdeckendes Rechtsgeschäft, so gelte das verdeckte Rechtsgeschäft also etwa Auftrag oder Vollmacht, wenn diese beabsichtigt gewesen seien. Zession und Vollmacht (oder Auftrag) bezüglich derselben Forderung schließen sich gegenseitig aus. Tatsächlich lasse man aber die Zession in Verbindung mit einem Auftrag als sog. „fiduziarische Zession" gelten. Aber der Auftrag verhindere ja eben, daß diejenige Wirkung eintrete, welche das Wesen der Zession ausmache, nämlich der materielle Übergang der Forderung in das Vermögen des Zessionars. Aber auch noch aus einem andern Grund liege bei der fiduziarischen Zession ein materieller Übergang der Forderung nicht vor: Das entscheidende Begriffsmerkmal der fiduziarischen Veräußerungsverträge sei in der causa zu suchen. Die fiducia bilde neben der causa solvendi und causa donandi eine besondere Kathegorie der causa von Veräußerungsverträgen. Während aber sonst bei der Vornahme eines dinglichen Vertrags das veräußerte Objekt definitiv beim Empfänger zu verbleiben habe, und der Veräußerer sich jeder weiteren Einwirkung darüber enthalte, bestehe bei allen fiduziarischen Geschäften zwischen Veräußerer

[1]) „Forderungsabtretung zum Zweck des Einzugs, (Zession zum Inkasso"), im Arch. f d. z. Pr. Bd. 96.

[2]) Kommentar zur allgemeinen Deutschen Wechselordnung, Art. 17 S. 67 ff.

und Erwerber eine obligatorische Bindung des Inhalts, daß der Erwerber nicht alle diejenigen Befugnisse ausüben dürfe, die ihm an sich als Inhaber des veräußerten Objekts zuständen, sondern daß ihm bestimmte Verhaltungsmaßregeln bezüglich desselben vorgeschrieben seien. Es werde den fiduziarischen Veräußerungsgeschäften durch die Berücksichtigung der causa gerade die Rechtswirkung wieder entzogen, welche den eigentlichen Begriff der Veräußerungsgeschäfte ausmache. Tatsächlich bleibe bei der fiduziarischen Zession zum Inkasso nur noch die formelle Legitmation des Fiduziars übrig, die Forderung in eigenem Namen geltend zu machen. Wenn aber der Zessionar nicht mehr materieller Inhaber der Forderung sei, so sei er überhaupt kein Zessionar mehr, sondern irgend etwas anderes. Es sei ein schwerer Irrtum des Reichsgerichts, wenn es annehme, daß die Zession auch eine Form der Vollmacht sein könne. So oft bei einem fiduziarischen Geschäft ein materieller Übergang des betr. Rechts nicht stattgefunden habe, könne der Fiduziar nicht als Kläger in eigenem Namen auftreten. Ein solcher könne nur sein, wer materieller Inhaber des eingeklagten Rechts sei.

Zunächst ist zu bemerken, daß Schöninger die Konstruktion der fiduziarischen Zession zum Inkasso falsch versteht. Hier wird nicht eine Vollmacht in die Form einer Zession gekleidet, sondern die Parteien wählen, um einen Erfolg herbeizuführen, zu dessen Herbeiführung an sich eine Bevollmächtigung genügen würde, aus gewissen Gründen statt einer Bevollmächtigung eine Zession. Sie wollen nun aber nicht eine Bevollmächtigung, sondern wirklich eine Zession mit allen Rechtsfolgen. Daß sie durch Nebenverabredung die überschießenden Wirkungen der Zession faktisch wieder einschränken, kann die Rechtswirkungen der Zession an sich nicht ändern und ändert auch nichts an der Tatsache, daß durch die Zession die Forderung und damit das volle Gläubigerrecht auf den Zessionar übergeht.

Was versteht nun Schöninger unter diesem von ihm so viel gebrauchten Ausdruck „materieller" Übergang des Forderungsrechts? Augenscheinlich den Gegensatz zu einem nur „formellen" Übergang. Es ist aber zu sagen: Diese Unterscheidung ist absolut verfehlt, sobald aus ihr Rechtsfolgen hergeleitet werden sollen. Die Ausdrücke „formell" und „materiell" sind auch nur scheinbar klar und deutlich und es kann sich darunter nur zu leicht eine Unklarheit verbergen. Schöninger versteht augenscheinlich unter dem Gegensatz zwischen formeller und materieller Rechtsverschaffung das, daß nur im letzteren Fall das übereignete Recht mit der Bestimmung des voraussichtlichen dauernden Verbleibens in dem Vermögen des Empfängers diesem zugeführt wird, während er die andern Fälle, also besonders die der fiduziarischen Übereignung als nur formelle Rechtsverschaffung bezeichnen will. An sich kann man ja diese Unterscheidung machen, aber Schöningers großer Fehler besteht darin, daß er aus dieser Unterscheidung wichtige rechtliche Konsequenzen zieht. Damit kommt er auch mit einem von ihm selbst aufgestellten Satz in Widerspruch. Er sagt nämlich auf S. 165: „Zu allen dinglichen oder Veräußerungsanträgen gehört notwendig der Begriff der causa als des rechtlichen Grundes der Veräußerung — die Wirkung der dinglichen Verträge und so auch der Abtretung ist aber von diesem Kausalverhältnis ganz unabhängig." Was ist dann aber der Unterschied zwischen formeller und materieller Inhaberschaft anders als eine Betrachtung eines Rechtsübergangs unter dem Gesichtspunkt eben jener causa? „Materieller" Inhaber wäre jemand, dem ohne Nebenverabredung, also voraussichtlich dauernd ein Recht übertragen worden ist. „Formeller" Inhaber wäre dann, wer ein Recht übertragen erhalten hat, bei welcher Übertragung irgendwie die Tatsache, daß das Recht ihm nicht für lange verbleiben werde, zum Ausdruck kommt. Aber ob jemand lange Zeit oder nur für einen Augenblick ein Recht übereignet erhält, das kann doch keinen Unterschied in seiner Stellung als Berechtigter ausmachen. Den gleichen Unterschied sollen übrigens die von anderer

Seite gebrauchten Ausdrücke „rechtlich" und „wirtschaftlich" erkennbar machen. Daß auch beim Eigentum eine Spaltung in formelles und materielles Eigentum unmöglich ist, wird im nächsten Paragraphen auszuführen sein. Es ist darauf zu beharren, daß eine ernstgemeinte Zession stets eine (um mit Schöninger zu reden) „materielle" Zuwendung zur Folge hat. Zu welchem Endzweck und in wessen Interesse diese Zession geschieht, das ist für die Frage, welcher Art die Berechtigung sei, die an den Zessionar übergeht, gänzlich unerheblich.

Nun folgert Schöninger aus seinen Sätzen, daß der fiduziarische Zessionar und also auch der Fiduziar überhaupt zu einer Klage aus dem ihm übertragenen Recht gar nicht legitimiert sei. Der fiduziarische Zessionar könne überhaupt nicht selbst Partei sein, sondern höchstens Vertreter des materiellen Eigentümers und jeder Zessionar müsse auf den Einwand des Schuldners, es liege nur eine Inkassozession vor, beweisen, daß ihm die Forderung übereignet und nicht bloß zu Inkassozwecken zediert worden sei.

Diese Ansicht ist aus den angeführten Gründen ebensowenig richtig, wie diejenige von Staub. Staub behauptet nämlich, wie später noch näher auszuführen sein wird, der Indossator, welchem ein Wechsel durch Vollindossament aber zum Zweck des Inkasso übertragen worden sei, sei durch dieses Indossament nicht Eigentümer des Wechsels und Inhaber der Rechte aus dem Wechsel geworden, sondern er sei nur zur Geltendmachung der Rechte aus dem Wechsel in eigenem Namen aber für fremde Rechnung legitimiert. Staub sagt dann weiter, der Inkasso-Indossatar (er nennt ihn Inkassomandat-Indossatar) mache nicht ein eigenes, sondern ein fremdes Recht geltend; nach innen sei er Mandatar, nach außen erscheine er als Eigentümer, sei es aber nicht.

Was zu den Ausführungen Schöningers gesagt worden ist, gilt auch hier. Durch ein giltiges Vollindossament wird eben nicht bloß die Legitimation zur Geltendmachung der Rechte aus dem Wechsel, sondern das volle Eigentums- und Gläubiger-

recht übertragen. (Das Nähere darüber s. unten.) Der Umstand, daß dieses übertragene Eigentum oder Gläubigerrecht aus anderen Gründen, als denen der definitiven Veräußerung dem Empfänger übertragen worden ist, und ferner, daß dieses Eigentum oder Gläubigerrecht entsprechend dem wirtschaftlichen Zweck der Übertragung obligatorisch gebunden ist, ist nicht geeignet, den rechtlichen Inhalt des übereigneten Rechts abzuschwächen.

§ 5. Der rechtliche Charakter des fiduziarischen Eigentums.

Nachdem schon oben die fiduziarische Übereignung mehrfach erwähnt und auch der Ausdruck „fiduziarisches Eigentum" kurz erklärt worden ist, haben wir uns hier näher mit der Natur dieses fiduziarischen Eigentums zu beschäftigen.

Eine Definition desselben findet sich in den Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 62 S. 386: „Fiduziarisch ist das Eigentum überall da, wo der Eigentümer obligatorisch verpflichtet ist, es nur in bestimmter Richtung zu gebrauchen, es, nachdem der Zweck der fiduziarischen Übertragung erreicht ist, wieder zurück- oder an einem dritten herauszugeben." Diese Definition ist eine recht wenig prägnante; die Natur des fiduziarischen Rechtsgeschäfts läßt eine solche auch wohl kaum zu. Die rechtliche Natur dieses fiduziarischen Eigentums ist daher auch bestritten.

Manche glauben, in dem fiduziarischen Eigentum eine besondere Art von Eigentum erblicken zu dürfen, das von dem gewöhnlichen Eigentum in gewissen Beziehungen verschieden ist, indem es gewisse andere Wirkungen als dieses ausübt.

So ist von Alfred Schultze[1]) versucht worden dieses fiduziarische Eigentum als ein durchweg an eine auflösende Bedingung geknüpftes anzusehen. Er kommt zu dem Resultat, daß das Recht des Treuhänders — und das fiduziarische Rechtsgeschäft sieht er als einen Fall echter Treuhänderschaft an — stets ein resolutiv bedingtes ist insofern, als die Erreichung des Zwecks sowohl, wie eine etwaige Untreue des Treuhänders,

[1]) „Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht" 1901. In Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 1 ff.

also eine vertragswidrige Verfügung über die Sache oder das Recht, ebenso aber auch dessen Tod ohne weiteres den Rückfall des Eigentums an den Treuhänder oder einen Andern, z. B. dessen Erben, herbeiführt.

Die rechtliche Konsequenz dieser Auffassung wäre die, daß der Treugeber die Sache oder das Recht z. B. im Falle vertragswidrigen Handelns des Fiduziars von diesem und jedem dritten Erwerber, wenigstens von jedem nicht gutgläubigen Erwerber, mittels einer rei vindicatio herausverlangen könnte, da von dem Moment des vertragswidrigen Handelns an das Eigentum des Fiduziars erloschen und das Eigentum von selbst wieder an den Fiduzianten zurückgefallen wäre. Ein solcher dinglicher Anspruch auf Seiten des Fiduzianten ist aber in Ermanglung jeglicher derartigen Vorschrift im geltenden Recht abzulehnen. Damit fällt dann auch die Annahme des fiduziarischen Eigentums als eines resulativ bedingten in sich zusammen. Schultze hat auch keinerlei Beweis für das tatsächliche Vorkommen eines derartigen Eigentums zu erbringen vermocht.

Es ist dann weiter versucht worden, den Begriff des fiduziarischen Eigentums insofern als einen vom gewöhnlichen Eigentum verschiedenen zu erklären, daß man sagte, das fiduziarische Eigentum sei kein absoluter, sondern ein relativer Begriff.[1]) Einerseits wirke es gegen Dritte wie ein wahres, echtes Eigentum, andererseits sei der Fiduziar Eigentümer nur gegen außen. Im Innenverhältnis, im Verhältnis zum Fiduzianten also, sei seine Stellung dagegen nicht als die eines Eigentümers, sondern als diejenige aufzufassen, welche ihm auf Grund der materiellen Rechtslage zukomme, also z. B. als die eines Mandatars. Wenn z. B. das Eigentum an einer Forderung zediert worden sei, um die Forderung durch den Zessionar einziehen zu lassen, so sei dieser nach außen, vor allem also dem Schuldner gegenüber wahrer Eigentümer und Gläubiger in Ansehung der Forderung;

[1]) So de Jonge in Grünhuts Zeitschrift Bd. 15 S. 563 ff. (dort wenigstens für das durch Indossament übertragene fiduziarische Eigentum.)

dem Zedenten gegenüber dagegen sei er nicht Forderungsgläubiger, sondern lediglich Bevollmächtigter auf Grund des in Wirklichkeit gewollten Inkassomandats.[1]) Diese Auffassung wäre richtig, wenn damit nur die wirtschaftliche, die ökonomische Seite des Rechtsverhältnisses gemeint und gekennzeichnet sein sollte. Allein als verfehlt muß es bezeichnet werden, diese ökonomische Betrachtung auch auf die juristische Konstruktion zu übertragen. Gegen diese Auffassung ist daher mit Recht eingewendet worden, ein solches relatives Eigentum sei juristisch unmöglich. Ein Eigentumsrecht könne juristisch nicht dem Einen gegenüber Eigentum, dem Andern gegenüber bloß Besitz auf Grund eines Auftrags sein, vielmehr müsse ein Eigentum jedermann gegenüber rechtlich dasselbe sein. So sagt Goltz[2]) z. B.: „Relatives Eigentum, daß nach innen und außen verschiedene Wirkungen ausübt, gibt es nicht; es ist das eine Unterscheidung, die gegen die Fundamentalsätze unseres Rechts verstößt. Entweder ist jemand Eigentümer, oder er ist es nicht. Ein Mittelding, eine nur nominelle Eigentümerstellung bestimmten Personen gegenüber ist nicht anzuerkennen. Eigentum ist Eigentum gegen jedermann und das fiduziarische Eigentum ist kein besonderes Eigentum." Ebenso spricht sich das Reichsgericht[3]) aus: „Es läßt sich auch nicht etwa geltend machen, daß H. (der Fiduziar) nur nach außen hin, Dritten gegenüber, dagegen nicht in seinem Verhältnis zu den Klägern (den Rechtsnachfolgern des Fiduzianten) Eigentümer geworden sei; in dieser Weise läßt sich der Eigentumsbegriff nicht spalten." Und endlich Werthauer[4]): „Der Indossatar ist Eigentümer nicht bloß gegenüber dem Wechselschuldner, sondern auch gegenüber dem Indossanten. Er gilt nicht bloß als Eigentümer im Verhältnis zu diesem und jenem, sondern er ist Eigentümer. Er ist es damit Jedem

[1]) So auch Staub a. a. O. S. 72 Anm. 9 ff.

[2]) „Das fiduziarische Rechtsgeschäft", Diss. Rostock 1901.

[3]) Entsch. Bd. 45 S. 80 ff. (Urteil v. 23. Dez. 1899).

[4]) „Der fiduziarische Indossatar und die Einrede des dolus im deutsch. Wechselrecht" in Grünhuts Ztschr. Bd. 13 S. 621 ff.

ohne Ausnahme gegenüber. Das Eigentum ist eine unmittelbar die Sache ergreifende Verfügungsgewalt. Dieselbe ist dem Willen des Eigentümers ohne Dazwischenkunft einer andern Person unterworfen. Das Eigentum trägt daher kein doppeltes Gesicht. Es gibt beim Eigentum kein „nach Innen und Außen" geschweige denn ein Eigentum, welches nach Innen oder nach Außen zu anders wäre. Die Sache ist aus dem Eigentum (des Indossanten) fort, nicht aber aus dem Vermögen, denn es verblieb eine Forderung auf Rückgabe."

Es ist hier m. E. bei der Stellung des fiduziarischen Eigentümers sowohl dem Fiduzianten, wie auch jedem Dritten gegenüber, eine rechtliche und eine wirtschaftlich-ökonomische Seite zu unterscheiden. Dieser Unterschied ist von Andern mit den schon erwähnten, aber zu vermeidenden Ausdrücken „formell" und „materiell" bezeichnet worden. Der Fiduziar ist, abgesehen von der obligatorischen Gebundenheit, unbeschränkter Eigentümer bezw. Forderungsgläubiger auch dem Fiduzianten gegenüber. *Das fiduziarische Eigentum ist also Volleigentum, nur ist es obligatorisch gebunden.* Darin, in dieser obligatorischen Gebundenheit, zeigt sich die ökonomische Seite, indem eben das Eigentum besonderen wirtschaftlichen Zwecken dient und die Sache oder das Recht nur zu treuen Handen übergeben ist. Der Fiduziar ist also zwar Volleigentümer, aber er ist doch kein freier Eigentümer, sodaß er mit den ihm übereigneten Sachen nach Belieben verfahren könnte. Das kann er kraft seines Volleigentums nur im Verhältnis zu dritten, nicht im Verhältnis zum Fiduzianten. Er ist also freier Eigentümer nur in sachenrechtlicher Beziehung, während er obligatorisch, im Verhältnis zum Fiduzianten, gebunden ist. Diesem gegenüber darf er die Gegenstände nur zu dem Zweck benutzen, zu welchem er sie übereignet erhalten hat. Das Eigentum ist also kein anderes als das gewöhnliche Eigentum; es ist kein resolutiv bedingtes, das etwa beim Tod des Fiduziars oder bei Mißbrauch von selbst wieder an den Fiduzianten zurückfallen würde. Als Volleigentum gewährt es an sich auch eine rei vindicatio

gegen den Fiduzianten. Das ist eben das Risiko des Letzteren, das er auf sich nehmen muß.

§ 6. Streitfragen bezüglich einzelner Anwendungsfälle des fiduziarischen Rechtsgeschäfts.

I.

Frage der Giltigkeit der Sicherungsübereignung von Mobilien insbesondere unter Belassung derselben im Schuldnergewahrsam.

Es ist hier nötig, in kurzen Zügen die Entwicklung des Pfandrechts an Mobilien zu schildern, nicht etwa weil der Verfasser der Ansicht wäre, daß eine solche Sicherungsübereignung ein Pfandrecht begründete, sondern weil sich die Sicherungsübereignungen aus dem Pfandrecht entwickelt haben, und weil man ihre Existenz nur versteht, wenn man die historische Entwicklung des Pfandrechts in neuerer Zeit kennt.

Während das römische Recht bezüglich der Verpfändung bewegliche und unbewegliche Sachen einander insofern gleichstellte, als beide durch formlosen Vertrag, hypotheca, mit dinglicher Wirkung verpfändet werden konnten, hat das neuere Recht, z. B. das A. L. R. der alten deutschen Rechtsauffassung folgend die Verpfändung von Mobilien im Gegensatz zu derjenigen von Immobilien an den Übergang des unmittelbaren Besitzes geknüpft. Einem dringenden praktischen Bedürfnis folgend gestattete jedoch das A. L. R. eine symbolische Verpfändung in der Weise, daß die Übergabe des körperlichen Besitzes durch gewisse Symbole ersetzt werden konnte, welche geeignet waren, die Verpfändung nach außen erkennbar zu machen. Der Grund hiefür lag in der Tatsache, daß häufig ein kreditbedürftiger Schuldner den für ihn allein in Betracht kommenden Realkredit nur dadurch erlangen könnte, daß er Sachen, deren er in seinem Hauswesen oder Gewerbebetrieb dringend bedurfte, deren Besitz er also unmöglich entbehren konnte, verpfändete. Wollte ein solcher Schuldner sich Kredit verschaffen, so mußte er irgend ein Mittel

haben, um trotz Verpfändung seiner beweglichen Habe in deren unmittelbarem Besitz zu bleiben. Dies wurde durch die symbolische Verpfändung zwar erreicht, entsprach aber später dem praktischen Bedürfnis des Verkehrs nicht mehr. Daher gelangte mit der Zeit das Institut der sogenannten „Sicherungsübereignungen" in Anwendung, welche darin bestanden, daß der Darlehensgläubiger sich von dem Schuldner dessen Mobilien ganz oder teilweise zu Eigentum übertragen ließ und dem Schuldner den unmittelbaren Besitz der Sachen im Wege der Miete oder Leihe beließ, wobei dann noch verabredet war, daß der Gläubiger das Eigentum an den Sachen dem Schuldner bei Bezahlung der Schuld zurückübereignen, oder auch daß der Schuldner ein Rückkaufsrecht innerhalb gewisser Zeit haben sollte. Das B. G. B. kennt eine symbolische Verpfändung nicht mehr, dagegen ist eine Sicherungsübereignung auch unter der Herrschaft des B. G. B. möglich. Der Kreditgeber beläßt dem Kreditnehmer den Besitz der dem Ersteren zu seiner Sicherung übereigneten Sachen durch constitutum possessorium gemäß §§ 929, 930 B. G. B., in dem zwischen ihnen eines der in § 868 B. G. B. genannten Rechtsverhältnisse vereinbar wird. [1])

Es fragt sich zunächst, *ob die fiduziarische Eigentumsübertragung zum Zweck der Sicherung* (kurz „Sicherungsübereignung" gen.) *überhaupt giltig ist*, auch wenn das übereignete Vermögensobjekt nicht im Gewahrsam des Schuldners verbleibt. Ist eine solche Übereignung etwa ungiltig unter dem Gesichtspunkt der Simulation oder der Gesetzesumgehung?

Bei der Sicherungsübereignung wollen die Parteien ernsthaft, daß Eigentum von dem Einen auf den Anderen übergehen

[1]) Düringer a. a. O. S. 105 bespricht kurz die Frage, ob es möglich sei, ein ganzes Warenlager mit wechselndem Bestand zur Sicherung zu übereignen und gelangt zu dem Resultat, daß ein solches Warenlager kein geeignetes Objekt für eine Sicherungsübereignung sei. Seine Ausführungen in dieser Richtung scheinen mir durchaus zutreffend zu sein.

soll. Das soll geschehen zur Sicherung des Empfängers für eine Forderung, die ihm gegen den Übertragenden zusteht. Der zunächst gegebene Weg wäre der der Verpfändung mittels Faustpfandes oder Hypothek. Aber dieser Weg paßt den Parteien aus irgend welchen Gründen weniger, als der der Eigentumsübertragung. Ein Schein Dritten gegenüber wird allerdings hervorgerufen, indem der Dritte über die dingliche Rechtslage im Unklaren ist; eine Täuschungsabsicht braucht aber nicht vorhanden zu sein. Ein zum Schein Handeln, das das charakteristische Merkmal des simulierten Rechtsgeschäfts bildet, liegt hier nicht vor. Das Entscheidende hiefür ist, daß der Wille der Vertragsparteien auf den Übergang gerichtet ist. Sonach dürfte die Frage, ob eine Simulation anzunehmen ist, zu verneinen sein. Die Sicherungsübereignung an sich ist also keine Simulation.

Liegt aber vielleicht eine Gesetzesumgehung vor, indem etwa durch die Sicherungsübereignung die gesetzlichen Vorschriften über die Bestellung eines Pfandrechts in verbotener Weise umgangen wären? Dies würde nur dann zutreffen, wenn den §§ 1205 und 1113 B.G.B. die Tragweite beizumessen wäre, daß damit eine Vorschrift des Inhalts gegeben sein sollte, daß die Sicherung einer Forderung durch bewegliche Sachen und durch Immobilien nur im Wege der Verpfändung gemäß der beiden gen. Paragraphen geschehen dürfe, und daß nach dem Willen des Gesetzgebers jede andere Form einer Sicherung ausgeschlossen werden sollte. Nur bei dieser Auslegung des Gesetzes würde man sagen können, daß die Sicherungsübereignung als solche eine Umgehung des Gesetzes darstelle. Dies ist aber weder nach dem Wortlaut noch nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes anzunehmen geboten und solange nicht ein abweichender Wille des Gesetzgebers klar erhellt, muß es gestattet sein, daß die Beteiligten für die Erlangung von Kredit durch Realsicherheit auch einen andern Weg einschlagen, als den der Verpfändung nach §§ 1205 und 1113 B.G.B. Dies ist auch

die Ansicht des Reichsgerichts.[1]) Dieses hat die Zulässigkeit der fiduziarischen Sicherungsübereignung ausdrücklich anerkannt. Daß auch das B.G.B. selbst sie grundsätzlich anerkennt, ergibt sich aus § 223 Abs. 2 B.G.B.

Wir kommen nun zu der Frage: *Wie steht es mit der Giltigkeit einer Sicherungsübereignung, bei der eine Besitzübergabe an den Erwerber nicht erfolgt*, sondern der Besitz beim Schuldner verbleibt? Was zunächst die Übereignung von *Immobilien* anlagt, so wird der Fall, daß zu Pfandzwecken Eigentum z. B. an einem Grundstück übertragen wird, hier wohl kaum vorkommen. Hier bietet ja die Eigentumsübertragung keine besonderen Vorteile gegenüber der gewöhnlichen Verpfändung mittels Hypothek. Für die Entscheidung der Frage der Giltigkeit dieses Rechtsgeschäfts sei hier auf die Eigentumsübertragung von Mobilien verwiesen, welche gleich unten zu behandeln ist. Nur sei hier bemerkt, daß *ein* Grund, der für die Ungiltigkeit dieses Vertrags bezüglich beweglicher Sachen eventuell in Betracht kommen kann, nämlich, daß durch eine Sicherungsübereignung ohne Besitzübertragung die Rechtslage unsicher werde, da der Eigentümer nach außen nicht erkennbar sei, hier wegfällt, da das Eigentum an Immobilien ja erst mit der Eintragung in's Grundbuch übergeht, wodurch dann die Erkennbarkeit des Eigentümers garantiert ist.

Wie steht es nun aber bei *Mobilien*, wenn die Parteien über den Übergang des Eigentums an der Sache sich geeinigt haben, aber eine körperliche Übergabe nicht erfolgen ließen, sondern dieselbe durch constitutum possessorium ersetzten? Ist dieses Rechtsgeschäft giltig oder nicht?

Es ist das eine vielumstrittene Frage, bezüglich derer sich zwei Ansichten schroff gegenüberstehen. Die eine Gruppe von Vertretern behauptet Nichtigkeit des Geschäfts, so: *Bähr* („Ur-

[1]) Entsch. Bd. 2 S. 168 ff. Bd. 57 S 175 u. Bd. 59 S. 146, endlich Entsch. vom 17. Juni 1902.

teile des Reichsgerichts" S. 52 ff.); Hellwig (Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 64, S. 369 ff.); Leist („Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien" Jena 1889); Kohler (in Iherings Jahrb. Bd. 16, S. 15 und 140 ff.); v. Lang in Boschers Ztschr. für freiwillige Gerichtsbarkeit in Württemberg Bd. 28, S. 322 ff.); Bütow („Die Sicherungsübereignungen", Diss. Göttingen 1894).

Die herrschende Meinung dagegen behauptet die Giltigkeit des Rechtsgeschäfts, so:

Reichsgericht Entsch. Bd. 2, S. 168; 13, S. 200 u. 298; 24, S. 54 u. 161; 26, S. 182; 30, S. 275, 36, S. 54; 45 S. 80; 57, S. 175; 59, S. 146; ferner Urteil v. 17. Juni 1902 in d. J. Z. 7. Jahrg. Nr. 20, S. 485, und Urteil v. 2. Juni 1890 in Seufferts Arch., Bd. 46, Nr. 1, S. 1.

O.L.G. Braunschweig, in Seuff. Arch., Bd. 58, Nr. 34, S. 69; Dresden, im sächs. Arch., Bd. 11, S. 486 ff.; Hamburg, in Seuff. Arch., Bd. 41, Nr. 86, S. 134; Rostock, in Seuff. Arch., Bd. 41, Nr. 85, S. 132; Kiel, in Seuff. Arch., Bd. 46, Nr. 2.

Bolze, Bd. 22, S. 16, Nr. 35.

Gruchots Beiträge Bd. 27, S. 1088; 30, S. 1034; 37, S. 911; 41, S. 424 ff.

Juristische Wochenschrift: 1895, S. 301, Nr. 33; 1896, S. 82, Nr. 71 u. S. 214, Nr. 57; 1900, S. 670, Nr. 32 u. S. 880, Nr. 28; 1904, S. 355; 1906, S. 51 ff.

Dernburg, Bürg. Recht, 3. Aufl., Bd. III, S. 783.

Endemann, Kom. zum B.G.B., Bd. II, S. 544 ff.

Leonhard, in Gruchots Beitr., Bd. 25, S. 515.

Lilienthal, in d. D.J.Ztg. 1902, S. 543.

Linckelmann, im Arch. f. bürg. Recht, Bd. 7, S. 209.

Kohler, im Arch. f. bürg. Recht, Bd. 7, S. 234.

Von den Vertretern der ersteren Ansicht wird gegen die Giltigkeit des in Frage stehenden Rechtsgeschäfts eingewendet, der Wille der Parteien sei gar nicht auf das erklärte Rechtsgeschäft gerichtet, auch nicht beabsichtigt gewesen, das Eigentum

auf den Gläubiger zu übertragen. Beabsichtigt gewesen sei vielmehr, dem Gläubiger zur Sicherung der ihm gegen den Schuldner zustehenden Forderung ein Pfandrecht an den Sachen einzuräumen. Da der Schuldner die Sachen in seinem Besitz habe behalten wollen und dies bei Verpfändung beweglicher Sachen gemäß § 1205 B.G.B. nicht möglich gewesen sei, so haben die Partein die äußere Form eines Kaufvertrags mit Rückkauf, bezw. die einer abstrakten Übereignung mit Verpflichtung zur Rückgabe, verbunden mit einem Miet- oder Leihvertrag gewählt. Das so entstandene Rechtsgeschäft sei sonach aus zwei Gründen ungiltig, einmal als simuliertes Rechtsgeschäft und weiter als Umgehung der Vorschriften über die Verpfändung von Mobilien.

Was zunächst die Behauptung anlangt, das Rechtsgeschäft sei simuliert, so ist darüber folgendes zu bemerken: Ob ein simuliertes Rechtsgeschäft hier vorliegt, das kommt einzig und allein auf die Entscheidung der Tatfrage an, ob die Parteien durch ihre ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärungen wirklich den Eigentumsübergang gewollt haben, d. h. ob sie die rechtlichen Wirkungen des von ihnen vorgenommenen Rechtsgeschäfts in Wahrheit gewollt haben oder nicht. Ein Scheingeschäft, bei welchem Wille und Erklärung der Parteien divergieren, ist aber hier nicht etwa deshalb anzunehmen, weil die Parteien das Rechtsgeschäft zum Zweck der Sicherung vorgenommen und somit mit dem etwa hiezu geschlossenen Kaufvertrag einen andern als den gewöhnlichen Zweck eines solchen verfolgten. Während sonst beim Kauf der Zweck der Parteien der ist, ein Vermögensobjekt des Einen definitiv dem Vermögen des Andern zuzuführen, wird dies hier nicht beabsichtigt, wie sich aus dem beigefügten dem Schuldner ein Rückkaufsrecht sichernden Nebenvertrag ergiebt. Nichtsdestoweniger ist das fiduziarische Rechtsgeschäft, z. B. der Kauf, vollgiltig, falls er als solcher, gleichgiltig zu welchem Zweck, wirklich ernst gemeint war. Ob dies der Fall ist, ist lediglich Tatfrage. Aus den einzelnen Verabredungen der Parteien kann oft ein sicherer Schluß auf die

Ernstlichkeit oder Nichternstlichkeit gezogen werden. Ist aber festgestellt, daß die Parteien das Rechtsgeschäft und damit die Eigentumsübertragung ernstlich gewollt haben, dann ist das Geschäft vollgiltig. Im Gegensatz zum gemeinen Recht[1]) ist es seit dem Inkrafttreten des B. G. B. nicht mehr möglich, die Eigentumsübertragung noch vom Vorhandensein eines Titels, einer iusta causa abhängig zu machen, denn das B. G. B. begnügt sich zweifellos sowohl bei Grundstücken als bei beweglichen Sachen mit dem consensus de dominio transferendo. Die auf Eigentumsübertragung gerichteten übereinstimmenden Willenserklärungen der Parteien in Verbindung mit körperlicher Übergabe oder Übergabeersatz, z. B. consitutum possessorium, genügen zur Eigentumsübertragung. Auch das Reichsgericht, das im Anfang den „Sicherungskauf" noch als verschleierte Verpfändung angesehen hatte, hat bald seinen Standpunkt geändert und seither in konstanter Rechtsprechung die Giltigkeit solcher Geschäfte anerkannt. So heißt es in Entsch. Bd. II, S. 168: „Es ist nicht nur durchaus zulässig, sondern auch in häufiger Übung, daß einem Gläubiger zu seiner Sicherstellung wegen einer persönlichen Forderung von seinem Schuldner ein Vermögensobjekt in der durchaus ernstlichen Absicht verkauft und übertragen wird, daß der Gläubiger als Käufer wirklicher Eigentümer und zur Ausübung aller Rechte eines Eigentümers befugt werden soll — —".

Wie steht es aber nun mit der Behauptung, das Rechtsgeschäft sei als Gesetzesumgehung, als rechtsgeschäftlicher Schleichweg nichtig? Schon oben ist die Behauptung zurückgewiesen worden, daß es sich bei der Sicherungsübereignung als solcher um eine Umgehung der Vorschriften des § 1205 B. G. B. handle. Es erübrigt, hier im Anschluß an die Sicherungsübereignung von Mobilien unter Belassung im Schuldnergewahrsam den Beweis zugleich für die Richtigkeit jenes früheren Satzes zu liefern.

[1]) Im gemeinen Recht ging zwar die herrschende Ansicht (so auch Windscheid) auch dahin, daß eine iusta causa zum Rechtserwerb nicht nötig sei, allein diese Frage war doch bestritten.

Es kommt vor, daß das Gesetz einen gewissen praktischen Erfolg verhindern will und daß es deshalb gewisse Rechtsgeschäfte verbietet. So wollte z. B. das römische Recht verhüten, daß Hanssöhne leichtsinnig Darlehen aufnahmen. Es wurde daher durch das S. C. Macedonianum die Hingabe eines Darlehens an einen Hanssohn verboten. Nun kann aber ein solcher vom Gesetz nicht gewünschter praktischer Erfolg oft auch auf andere Weise erreicht werden, als mittels des vom Gesetz verbotenen Rechtsgeschäfts. So wurde z. B. in Rom das obige Verbot dadurch umgangen, daß dem Hanssohn, anstatt ihm ein Darlehen zu gewähren, eine Sache von gewissem Wert unter Kreditierung des Kaufpreises verkauft wurde; veräußerte dann der Hanssohn die Sache gegen baar wieder, so war ganz der Erfolg erreicht, welchen das Gesetz mit seinem Verbot hatte verhindern wollen, Der Inhalt des Gesetzes war umgangen, ohne daß dem Buchstaben des Gesetzes im Geringsten zuwidergehandelt worden wäre, denn das Gesetz verbot nirgends den Abschluß von Kaufgeschäften mit Hanssöhnen. Bei einer Gesetzesumgehung wird somit, wie das Beispiel zeigt, ein an sich giltiges und erlaubtes Rechtsgeschäft dazu benutzt, um einen dem Sinn des Gesetzes widersprechenden Erfolg herbeizuführen, während die primär zur Herbeiführung dieses Erfolgs geeignete rechtsgeschäftliche Form von den Parteien deshalb nicht benützt wird, weil das Gesetz sie in Verfolgung seiner Verbotsnorm für ungiltig erklärt hat.

Bähr, Hellwig und die Andern dort Genannten behaupten nun, das Gesetz gestatte eine Verpfändung beweglicher Sachen nur in der Weise, daß zugleich der unmittelbare Besitz an den Sachen auf den Gläubiger übertragen werde. Das Gesetz verlange im Interesse der Verkehrssicherheit Publizität, Erkennbarkeit der Verpfändung auch bei Mobilien. Zum Beweis dafür wird der nunmehr durch Gesetz von 1898 aufgehobene § 14 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung und werden ferner verschiede Verbote einer Sicherungsübereignung in Partikulargesetzen herangezogen, z. B. Württ. Pfandentwicklungs-

gesetz vom 21. Mai 1828 Art. 16, weimar. Pfandgesetz vom 6. Mai 1839 § 60, sächs. bürg. Gesetzbuch § 292 Satz 1, Hamburgisches Ausführungsgesetz zur Konkursordnung § 4 und endlich von neueren Gesetzen B.G.B. § 1205. Deshalb sei eine Sicherungsübereignung, bei der die betr. Gegenstände im Besitz des Schuldners verbleiben, nichtig. Die Argumentation bezüglich der beiden angeführten Gesetze, welche ein direktes Verbot der Sicherungsübereignung nicht enthalten, ist folgende: Der Zweck, welchen das Gesetz durch die Vorschriften über die Verpfändung von Mobilien verfolge, sei der, den Verkehr zu sichern. Durch jene Vorschriften solle vermieden werden, daß ein anscheinend im Besitz zureichenden Mobilarvermögens befindlicher Schuldner sich, trotzdem diese Vermögensstücke schon alle verpfändet sind, durch seine anscheinend günstige Vermögenslage weiteren Kredit verschaffe. Das Gesetz wolle nicht, daß ein Schuldner im unmittelbaren Besitz bereits verpfändeter Mobilien bleibe. Daher sei im Sinn des Gesetzes ein Verbot der Mobilarverpfändung ohne Besitzübertragung anzunehmen. Wenn nun der Schuldner eine bewegliche Sache, anstatt sie zum Faustpfand zu geben, seinem Gläubiger übereigne, dabei aber durch constitutum possessorium im unmittelbaren Besitz der Sache verbleibe, so werde damit tatsächlich ganz dasselbe den gutgläubigen Verkehr schädigende Resultat erzielt, wie wenn er etwa, was ja nach B.G.B. verboten sei, seine Sache durch bloßen Vertrag wie im römischen Recht verhypothekiert hätte. Somit entspreche es dem Sinn des Gesetzes, daß diese Sicherungsübereignung sowenig als giltig angesehen werden dürfe, wie etwa eine Mobiliarhypothek im heutigen Recht. Das Gesetz habe allerdings an diese Möglichkeit der Umgehung seines Willens augenscheinlich nicht gedacht, aber seinem ganzen Sinn entsprechend müsse die Sicherungsübereignung von Mobilien unter Belassung im Schuldnergewahrsam als vom Gesetz nicht gewollt, als rechtsunwirksam betrachtet werden, denn das Gesetz könne vernünftiger Weise unmöglich die Verpfändung ohne Besitzübertragung verbieten, da-

gegen die Sicherungsübereignung ohne Besitzübertragung erlauben wollen.

Dieser Auffassung gegenüber ist zu sagen: Es ist nicht richtig, daß die Sicherungsübereignung ohne Besitzübergabe eine unerlaubte Umgehung des Gesetzes darstellt. Solange § 14 E.G.K.O. noch nicht aufgehoben war, wurde er besonders als Beweis dafür angeführt, daß es sich hier um eine Gesetzesumgehung handle. Es war aber aus ihm lediglich kein Anhalt dafür zu entnehmen, daß dieses Rechtsgeschäft ungiltig sein sollte, denn man kann von einer Gesetzesumgehung nur in Bezug auf verbietende oder gebietende Rechtsnormen, also nur in Bezug auf ius cogens, reden. Ein solches Gesetz war aber der § 14 E.G.K.O. nicht. Die Konkursordnung verbot und verbietet auch heute noch absolut nicht Verpfändung beweglicher Sachen ohne Übertragung des unmittelbaren Besitzes, sie verbietet auch nicht, eine sonst giltige rechtsgeschäftliche Form gerade zum Zweck der Sicherung des Gläubigers zu benutzen, sondern sie kennt auf Grund des § 14 E.G.K.O. nur kein Absonderungsrecht in dem Fall, wenn ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache anders als mittels Besitzübertragung begründet worden ist. Aber auch wenn nach anderen Gesetzen z. B. 1205 B.G.B. außer mittels Besitzübertragung an einer beweglichen Sache ein Pfandrecht nicht bestellt werden kann, so liegt hierin kein Verbot unseres Rechtsgeschäfts, sondern es wird einfach ein allgemeiner Satz über die Voraussetzungen der Entstehung eines „Pfandrechts" aufgestellt und gesagt, daß ein solches an beweglichen Sachen mit den für dieses Recht geltenden besonderen Wirkungen, hauptsächlich im Konkurs, nur mittels Besitzesübertragung begründet werden könne. Der genannte § 14 E.G.K.O. enthielt somit sozusagen nur ein privilegium favorabile für ein nach der Vorschrift des Gesetzes begründetes Pfandrecht. Seit dem Inkrafttreten des B.G.B. gelten die oben weiter angeführten Gesetze, in denen direkt ein Verbot der Sicherungsübertragungen ausgesprochen war, als beseitigt, und es kann sich somit für uns jetzt nur noch um den Beweis aus § 1205 B.G.B.

handeln. Er lautet in seinem allein hier interessierenden ersten Absatz: „Zur Bestellung des Pfandrechts ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Gläubiger übergiebt und beide darüber einig sind, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll — —". Ob bei einem Rechtsgeschäft von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden kann, oder nicht, das kann man aus dem betr. Geschäft selbst nicht entnehmen, sondern nur aus dem Inhalt des angeblich umgangenen Gesetzes. Ein in fraudem legis agere ist, wie oben bemerkt, nur möglich, wo wir es mit ius cogens als entgegnstehender Rechtsnorm zu tun haben. Nun ist § 1205 B.G.B. allerdings ius cogens bezüglich der Frage der Bestellung eines Pfandrechts an beweglichen Sachen. Diese kann nicht durch Besitzübertragung mittels constitutum possessorium erfolgen. Aber § 1205 B.G.B. ist nicht ius cogens in Bezug auf die Frage, wie man einen Gläubiger sicherstellen könne. Eine Verbotsnorm des Inhalts, daß der Sicherungszweck nur durch „Bestellung eines Pfandrechts" erreicht werden dürfe, findet sich im B.G.B. nirgends.

Richtig ist, um in Kürze auf die rechtlichen Konsequenzen der hier vertretenen Ansicht einzugehen, daß bei Zulassung der Sicherungsübereignung von Mobilien unter Belassung im Besitz des Schuldners die Sicherung des Gläubigers auf eine Weise geschieht, bei der die zur Sicherung dienende Eigentumsübertragung nach außen hin verborgen bleibt. Der Schuldner behält den unmittelbaren Besitz der Sachen, die ihm bisher gehörten, die aber nunmehr Eigentum des Gläubigers sind, und denen etwaige spätere Gläubiger des Schuldners nicht ansehen können, daß sie nicht mehr dem Schuldner gehören. Und warum wählt der Schuldner diesen Weg der Sicherheitsleistung? Weil er den Besitz der Sachen verlieren müßte, wollte er sie durch Bestellung eines Pfandrechts an ihnen zur Sicherstellung verwenden. Aber man kann dem Schuldner nicht verbieten, anstatt der Verpfändung durch Pfandrechtsbestellung den Weg der Eigentumsübertragung zu wählen. Das Gesetz wollte diesen Weg nicht nur nicht verbieten, sondern hat ihn in § 223 Abs. 2

B.G.B. ausdrücklich anerkannt und da bei der Eigentumsübertragung die Übergabe durch constitutum possessorium ersetzt werden kann, so steht dem mangels einer besonderen gesetzlichen Vorschrift auch bei der Sicherungsübereignung nichts im Wege. Bemerkt sei noch zum Schluß, daß, wenn der hier vertretenen Ansicht seitens der Gegner der Vorwurf gemacht wird, daß sie ein den Kredit gefährdendes Institut gutheiße, dem entgegenzuhalten ist, daß dieser Schein gegen außen durch jedes constitutum possessorium erweckt wird, auch wenn die Übertragung zu anderen als Sicherungszwecken erfolgt. Wollte man diese Folge vermeiden, so müßte man das constitutum possessorium ganz abschaffen. Solange es aber einmal im Gesetz anerkannt ist, muß man es auch konsequenter Weise bei jeder Art der Eigentumsübertragung zulassen und darf nicht ein Rechtsgeschäft, bei welchem die Übergabe durch constitutum possessorium ersetzt ist, wegen der diesem Institut ganz allgemein anhaftenden Gefahren für ungültig erklären. In Anbetracht des über diese Frage entbrannten Streites hätte der Gesetzgeber, wenn er die Sicherungsübereignungen mit constitutum possessorium als nichtig behandelt wissen wollte, allen Grund gehabt, dies ausdrücklich vorzuschreiben. In der Tat wurde in der zweiten Kommission beantragt, der jetzige § 930 B.G.B. solle keine Anwewendung finden, wenn die Veräußerung dazu diene, dem Erwerber Sicherheit wegen einer Forderung zu verschaffen. Allein der Antrag wurde abgelehnt. [1])

II.

A. Eine Art der Rechtsübertragung zu Pfandzwecken ist die Forderungszession zu Pfandzwecken, die sog. Sekuritätszession (cessio iu securitatem). Diese Übertragung einer Forderung des Zedenten an den Zessionar ist, wie hier gleich vorausgeschickt werden soll, vollgiltig. Wenn es sich um die Verpfändung einer Forderung handelt, wird oft, statt der Bestellung eines Pfandrechts an der Forderung gemäß der Vor-

[1]) Vgl. Protokolle Bd. III S. 200.

schrift des § 1274 B.G.B, die Übereignung des Forderungsrechts gewählt. Forderungsrecht und Gläubigerschaft wird nach § 398 B.G.B. übertragen durch Zession, d. h. durch formlosen Vertrag. Da nun die uns hier interessierende Abtretung zu dem Zweck erfolgt, den Zessionar für eine Verbindlichkeit des Zedenten ihm gegenüber sicher zu stellen, so spricht man hier von einer cessio in securitatem. Eine solche Sekuritätszession ist etwas ganz anderes als die Verpfändung einer Forderung durch Pfandrechtsbestellung an ihr, das sog. pignus nominis des gemeinen Rechts. Letzteres entsteht dadurch, daß der Verpfänder eine ihm zustehende Forderung, ev. unter Übergabe einer über die Forderung ausgestellten Urkunde, dem Pfandgläubiger durch Vertrag überträgt mit der Verabredung, daß die Forderung zum Pfand dienen solle. Er nimmt dadurch den Pfandgläubiger als weiteren Gläubiger mit in das Schuldverhältnis auf. Er selbst bleibt also Gläubiger der Forderung. Wird dann diese Verpfändung dem Schuldner angezeigt, so darf dieser nur mehr an den Pfandgläubiger zahlen. Gerade ein pignus nominis ist es, was durch eine cessio in securitatem vermieden werden soll. Beim pignus nominis bleibt der Verpfänder Gläubiger der Forderung; der Pfandgläubiger wird Korrealgläubiger und erhält damit eine dem Pfandzweck entsprechende Rechtsstellung eingeräumt. Er wird berechtigt, die Forderung bei Fälligkeit derselben zum Zweck seiner Befriedigung dem Schuldner gegenüber geltend zu machen. Anders bei der Sekuritätszession. Der bisherige Gläubiger, der Zedent, verliert sein Forderungsrecht. Der Zessionar tritt nicht als Korrealgläubiger neben ihn, sondern an seine Stelle; er ist (fiduziarischer) Forderungsgläubiger geworden. Er kann somit über die Forderung in eigenem Namen kraft des ihm allein zustehenden Rechts an der Forderung verfügen. Beim pignus nominis erlischt das Recht des Pfandgläubigers an der Forderung, sobald der Verpfänder seine gegenüber dem Ersteren bestehende Schuld getilgt hat, von selbst. Eine Rückübertragung der Rechtsmacht des Pfandgläubigers auf den Verpfänder ist nicht nötig, aber auch nicht möglich, da ja

der Verpfänder selbst Forderungsgläubiger geblieben war. Anders bei der cessio in securitatem. Hier bleibt der Zessionar (einziger) Forderungsgläubiger, auch wenn die zu sichernde Schuld des Zedenten ihm gegenüber getilgt worden ist. Er hat also dann die Forderung dem Zedenten wieder abzutreten und erst mit dieser Rückzession wird dieser wieder Gläubiger. Der Zedent hat auf diese Rückzession einen Anspruch nach Bezahlung der zu sichernden Verbindlichkeit Diesen Anspruch kann er mit einer der römischen actio fiduciae entsprechenden obligatorischen Klage geltend machen. Hat der Zessionar vertragswidrig über die Forderung verfügt, so steht dem Zedenten eine obligatorische Schadensersatzklage ihm gegenüber zu.

Trotz dieser grundsätzlichen Verschiedenheit zwischen cessio in securitatem und pignus nominis ist von Einigen [1]) versucht worden, die Sekuritätszession als eine in die Form einer Zession gekleidete Pfandrechtsbestellung aufzufassen und zu behaupten, sie begründe für den Zessionar nur die Rechte eines Pfandgläubigers, nicht die eines (allein berechtigten) Forderungsgläubigers. Das ist aber eine Verwechslung der Sekuritätszession mit der simulierten Zession. War die Zession simuliert, wollten die Parteien die Rechtswirkungen der Zession untereinander nicht, sondern sollte das Rechtsgeschäft nur dazu dienen, eine Pfandrechtsbestellung an der Forderung zu verdecken, dann ist der Zessionar allerdings nicht allein berechtigter Gläubiger geworden, sondern er hat nach § 117 Abs. 2 B.G.B. nur die Rechte erhalten, die ihm zukommen sollten nach dem Willen beider Kontrahenten, nämlich eben die eines Pfandgläubigers. Ist die Zession dagegen ernstlich gewollt, so geht die Forderung und damit die Gläubigerschaft vom Zedenten auf den Zessionar über, mag auch der Zweck, den die Parteien mit der Zession verfolgen lediglich der der Sicherstellung des Zessionars sein.

---

[1]) Das Nähere hierüber s. bei Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pfandaktenrechts 1900. S. 1089 [10].

Was die Einwendungen des Schuldners der zedierten Forderung dem klagenden Zessionar gegenüber betrifft, so kann der Schuldner, sobald die Zession ernstlich gewollt war, nicht einwenden, es liege keine wirkliche Zession, sondern nur eine Pfandrechtsbestellung vor. Der Schuldner kann auch nicht einwenden, die Einziehung der Forderung seitens des Zessionars sei unzulässig, da die Schuld des Zedenten, zu deren Sicherung die Zession vorgenommen war, noch nicht fällig oder inzwischen getilgt worden sei, und die Einziehung somit den Vereinbarungen zwischen Zedent und Zessionar widerspreche. Das Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar und die zwischen ihnen getroffenen Vereinbarungen gehen, soweit sie nicht die Ernstlichkeit der Zession in Frage stellen, den Schuldner lediglich nichts an[1]).

Dagegen kann der Schuldner dem Zessionar gemäß § 404 B.G.B. alle die Einreden entgegensetzen, welche ihm z. Zt. der Abtretung der Forderung dem Zedenten gegenüber zustanden (z. B. den Einwand der Stundung 2c.). Ebenso kann er ihm die Einwendungen machen, welche ihm gegen den Forderungsgläubiger als solchen zustehen (z. B. die Schuld sei noch nicht fällig 2c.). Es finden für die Sekuritätszession die Vorschriften der §§ 398–413 B.G.B. Anwendung.

B. Ehe wir nun zu den Fragen bezüglich des Vollindossaments eines Wechsels zu Pfandzwecken übergehen, müssen wir noch zu einer Frage Stellung nehmen, nämlich zu der Frage, ob durch das (Voll-)Indossament überhaupt Eigentum am Wechsel übergeht. Der Unterschied zwischen dem gewöhnlichen und dem Blanko-Indossament braucht dabei nicht beachtet zu werden, da die rechtliche Wirkung bezüglich der hier interessierenden Frage bei beiden dieselbe ist.

Bei der Beantwortung der Frage, ob durch Indossament das Eigentum am Wechsel übergeht, oder nicht, stehen sich zwei Ansichten gegenüber: die erste, die herrschende Ansicht geht davon aus, daß durch das Vollindossament (im Gegensatz zum

[1]) Vgl. R. G. Entsch. Bd. 24 S. 162 ff., Bd. 30 S. 274 u. 275, ferner O. A. G. Rostock, Entsch. Bd. 6 Nr. 44, Bd. 8 Nr. 25.

Prokuraindossament) stets Eigentum am Wechsel übertragen werde. Eine zweite Ansicht ist die, daß durch dieses Indossament nur die formelle Berechtigung, die Legitimation, zur Geltendmachung der Rechte aus dem Wechsel übergehe.

Die Frage, ob durch Indossament das Eigentum übergeht, ist in der Wechselordnung nirgends ausdrücklich beantwortet. Soviel ist sicher, daß durch das Vollindossament allein das Eigentum nicht übergeht, denn es müßte sonst, da sich Vollindossament und Blankoindossament in dieser Richtung vollkommen gleichstehen, der Dieb oder Finder eines mit Blankoindossament versehenen Wechsels auch Eigentümer desselben werden. Dies ist aber vollkommen ausgeschlossen. Ferner ist sicher, daß ein simuliertes Indossament gemäß § 117 B.G.B. das Eigentum nicht überträgt, da es ungiltig ist. Dies Letztere bestreitet Werthauer[1]) mit Unrecht. Er sagt: „In dem die Form (nämlich das Indossament) vollziehenden Willensakt liegt das Wesen des Rechtsgeschäfts Er (der Willensakt) allein hat rechtserzeugende Kraft. Die Form tritt nicht zu der sonstwie sich ergebenden Absicht hinzu, um die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts zu steigern, vielmehr lebt das Rechtsgeschäft in der Form. Liegt der die Form herstellende Willensakt vor, so ist das formelle Rechtsgeschäft vollendet; alle die Vollziehung des Willensaktes begleitenden Umstände sind gleichgiltig. Daß neben dieser in der vorgeschriebenen Form auftretenden Absichtserklärung eine mit der erklärten Absicht nicht übereinstimmende innere Absicht keinen Einfluß hat, bedarf keiner besonderen Darlegung. Aber selbst eine erklärte widerstrebende Absicht ist, soweit dieselbe nur aus einer Würdigung des individuellen Vorgangs zu entnehmen, wirkungslos. Nur dann hat ein solcher aufhebender Akt Wirksamkeit, wenn die Form selbst dadurch zerstört wird. Eine Simulation eines Formalaktes ist also mit dem Wesen desselben unvereinbar. Daß das Indossament zu den Formalakten in diesem Sinn ge-

[1]) A a. O. S. 630 ff.

hört, ist — erörtert worden und somit ergibt sich, daß beim Indossament Simulation ihrem Wesen nach nicht Platz greifen kann. Haben die Parteien gleichwohl das Indossament nur zum Schein gewollt, so haben sie etwas rechtlich unmögliches gewollt und das die gesetzlichen Erfordernisse tragende Indossament hat, wenn auch gegen den Willen seiner Urheber volle Wirkung nicht nur nach Außen, sondern auch nach Innen".

Damit wäre doch m. E. der Form zu viel Ehre angetan. Es ist aber vor allem darauf hinzuweisen, daß sich der Satz, ein Formalakt könne nicht simuliert sein, in keinem Gesetz findet. Er ergibt sich aber auch nicht aus dem Wesen des Formalaktes selbst. Die Ansicht Werthauers ist daher als unzutreffend abzulehnen.

Durch das Indossament allein geht, wie oben erwähnt, das Eigentum nicht über; um das zu erreichen, gehört vielmehr noch ein ernstgemeinter Begebungsvertrag als Grundlage dazu, ein Vertrag, in welchem die Parteien den Übergang der im folgenden festzustellenden Rechtsmacht bezüglich des Wechsels verabreden. Es fragt sich nun nicht, ob durch ein Vollindossament, wenn es mit einem ernstgemeinten Begebungsvertrag dahingehend, daß das Eigentum am Wechsel übergehen soll, verbunden ist, wirklich das Eigentum übergeht. Diese Frage ist ohne weiteres zu bejahen. Das geben auch die Anhänger der oben genannten zweiten Ansicht zu. Nein, es fragt sich, ob durch das Vollindossament stets Eigentum und nur Eigentum übergeht, oder ob — und das wird von den Vertretern jener zweiten Ansicht behauptet — durch Vollindossament auch eine andere Rechtsmacht als Eigentum übergehen kann, indem dem Indossament ein ernstgemeinter auf die Übertragung einer andern Rechtsmacht, als des Eigentums am Wechsel gerichteter Begebungsvertrag zu Grunde gelegt würde, ein Vertrag etwa des Inhalts, es solle nicht Eigentum am Wechsel, sondern nur die Legitimation zur Geltendmachung der Rechte aus dem Wechsel übergehen.

Aus einer Stelle der Wechselordnung ist m. E. mit Sicherheit zu schließen, daß durch ein ernstgemeintes Indossament mit einem unterliegenden Begebungsvertrag nicht etwa gewisse Rechte aus dem Papier, sondern das Eigentum an dem Papier und nur dieses übertragen werden kann. Dies folgt aus dem Wortlaut des Art. 17 W.O., welcher sagt: „Ist dem Indossament die Bemerkung „zur Einkassierung", „in Prokura", oder eine andere die Bevollmächtigung ausdrückende Formel beigefügt worden, so überträgt das Indossament das Eigentum an dem Wechsel nicht, ermächtigt aber den Indossatar zur Einziehung. . ." — Nun kennt die W.O. nur zwei verschiedene Arten von Indossamenten, nämlich einmal das Vollindossament (gewöhnliches und Blankoindossament) und ferner das Prokuraindossament. Wenn also in der gen. Stelle der W.O. gesagt ist, daß, wenn dem Indossament eine der gen. Bemerkungen beigefügt ist, es also ein Prokuraindossament ist, dann dasselbe nicht Eigentum an dem Wechsel überträgt, so folgt daraus per argumentum e contrario mit wünschenswerter Deutlichkeit, daß das Indossament, wenn es kein Prokura- sondern ein Voll-Indossament ist, das Eigentum am Wechsel überträgt. Wenn dann in Art. 10 W.O. gesagt ist: „Durch das Indossament gehen alle Rechte aus dem Wechsel auf den Indossatar über insbesondere auch die Befugnis, den Wechsel weiter zu indossieren," so kann daraus nicht etwa abgeleitet werden, daß eben doch nicht das Eigentum, nicht das Vollrecht an dem Wechsel, sondern etwas anderes, nämlich nur alle Rechte aus dem Wechsel übergehen, denn sonst wäre ja auch der von der zweiten Ansicht gebilligte Satz, daß durch das Vollindossament dann Eigentum übergeht, wenn der ernstgemeinte Begebungsvertrag ausdrücklich auf Eigentumsübertragung lautet, wieder unmöglich richtig, da man ja dann annehmen müßte, daß durch ein Vollindossament nie Eigentum übertragen werden könnte. Der Ausdruck „alle Rechte aus dem Wechsel" ist allerdings nicht glücklich gewählt; gemeint sind damit augenscheinlich „alle aus dem Eigentum am Wechsel entspringenden Rechte".

Wenden die Parteien zu Übertragung des Wechsels das Vollindossament an, dann geht das Eigentum an dem Wechsel über, vorausgesetzt allerdings, daß ein Begebungsvertrag des Inhalts, daß das Eigentum am Wechsel übergehen solle ernstlich zu Grunde liegt. Ist dieser Vertrag aber nicht auf Eigentumsübertragung abgestellt, dann geht nicht eine andere Rechtsmacht über, sondern dann ist das Indossament als simuliert nichtig und überhaupt keine Rechtsmacht auf den Indossatar übergegangen. Es ist eben aus den angeführten Gründen nicht möglich, ein anderes Recht als das Eigentum durch Vollindossament zu übertragen. Vgl. hiezu auch noch das im nächsten Abschnitt zu dem „Pfandindossament" Gesagte.

Ganz kurz soll hier noch auf den Unterschied zwischen der Übereignung des Wechsels durch Indossament und der durch Zession hingewiesen werden. Der Unterschied beruht darauf, daß das Indossament die wechselrechtliche, die Zession die zivilrechtliche Form der Übereignung des Wechsels ist. Das Indossament muß auf dem Wechsel, einer Kopie oder Allonge stehen, während die Zession nicht auf dem Wechsel beurkundet zu werden braucht. Sie braucht auch nicht schriftlich zu sein, aber sie muß mit der Übergabe des Papiers Hand in Hand gehen. Das Indossament überträgt den Wechsel abstrakt, die Zession überträgt dagegen nur die dem Zedenten zustehenden Rechte. Der Zessionar macht den Wechsel kraft seines derivativen Erwerbs geltend, der Indossatar macht sein Recht auf Grund eines ihm selbst gegebenen Versprechens geltend („— — zahle ich an die Ordre des — —"). Der Indossant haftet dem Indossatar wechselmäßig, der Zedent dem Zessionar nur nach den Grundsätzen der Zession für Existenz und Einbringlichkeit der Forderung. Dem Indossatar können Einreden aus der Person des Indossanten nicht entgegengehalten werden, dagegen sind Einreden aus der Person des Zedenten dem Zessionar gegenüber unbeschränkt zulässig. (Vgl. § 404 B.G.B. dazu aber § 405 B.G.B.)

Wir wenden uns nun den Fragen zu welche beim Indossament[1]) zu Pfandzwecken auftauchen.

a) Es handelt sich zunächst um die Frage, ob durch ein bloßes Indossament, d. h. ohne einen den Pfandzweck ausdrückenden Zusatz, ein Pfandrecht am Wechsel begründet werden kann oder nicht.

1. Die Ansicht, daß das Indossament gemäß § 1292 B.G.B. ein Pfandrecht am Wechsel begründe, ist irrig:

Das Vollindossament zu Pfandzwecken ist nach den bisherigen Ausführungen, falls es als solches gewollt ist, und einen ernstgemeinten Begebungsvertrag zur Grundlage hat, vollgiltig. Es liegt weder eine Simulation noch eine unerlaubte Gesetzesumgehung vor, die seiner Gültigkeit entgegenstehen würden. Während aber früher auch über die rechtliche Natur und die Folgen dieses Indossaments Einigkeit herrschte, und man sich nur darüber nicht ganz einig war, welche rechtliche Wirkung eine dem Indossament hinzugefügte Bemerkung wie „zum Pfande" oder ein ähnlicher den Zweck der Übertragung des Wechsels zur Sicherung des Indossatars kennzeichnender Zusatz habe, haben sich jetzt bezüglich der Frage der rechtlichen Natur und der Wirkungen des Indossaments zu Pfandzwecken zwei einander schroff gegenüberstehende Meinungen gebildet.

Die Vertreter der früher herrschend gewesenen, der alten Ansicht[2]) sagen: Wird ein Wechsel durch Indossament verpfändet, so wird dadurch kein Pfandrecht an ihm begründet, vielmehr das Eigentum an dem Wechsel übertragen. Der dem Indossament zu Grund liegende Begebungsvertrag enthält außer der Willenseinigung über den Übergang des Eigentums am Wechsel noch die obligatorisch wirkende Verabredung,

[1]) unter „Indossament" ist im folgenden immer Voll- nicht Prokura-Indossament verstanden.

[2]) so: Dernburg, das bürg. Recht, 3. Aufl. Bd. III S. 827, Endemann, Lehrb. Bd. II § 145 Note 2, Neumann, Bem. 1 zu § 1292, Turnau-Förster, Bem. 1a zu § 1292 v. Wendt a. a. O. S. 291 ff.

daß der Indossatar das Recht nur dem Pfandzweck entsprechend ausüben soll.

Eine zweite, neuere Meinung [1]) dagegen, die sich zuerst in den Beratungen der zweiten Kommission zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs [2]) gezeigt hat, sagt: Wird ein Wechsel durch Indossament verpfändet, so wird dadurch ein eigentliches Pfandrecht am Wechsel begründet insofern, als der Indossatar nach außen zur selbständigen Verfügung über den Wechsel legitimiert wird, während das Eigentum am Wechsel dem Indossanten verbleibt. Zur Begründung der Richtigkeit dieser Ansicht wird der § 1292 B.G.B. herangezogen, welcher sagt: „Zur Verpfändung eines Wechsels oder eines anderen Papiers, das durch Indossament übertragen werden kann, genügt die Einigung des Gläubigers und des Pfandgläubigers und die Übergabe des indossierten Papiers." Nun behaupten die gen. Vertreter der zweiten Ansicht, der § 1292 B.G.B. erkläre die Übergabe des indossierten Papiers zusammen mit der Einigung über die Bestellung eines Pfandrechts zur Verpfändung des Papiers für genügend, knüpfte also an die Übergabe und die Einigung die Wirkung, daß ein Pfandrecht an dem Papier entstehe. Mit diesem Inhalt des Gesetzes sei die Auffassung unvereinbar, daß das Papier dem Indossatar durch den in § 1292 B.G.B. vorausgesetzten Rechtsakt fiduziarisch übereignet werde. — Aber um diesen „Inhalt des Gesetzes" handelt es sich eben! Derselbe wird von den Vertretern der zweiten Ansicht unrichtig ausgelegt. Der § 1292 B.G.B. meint mit der „Einigung des Gläubigers und des Pfandgläubigers" eben nicht, wie die zweite Ansicht annimmt,

[1]) so: Jakobi, die Wertpapiere, § 12, Planck, Komm. zum B.G.B. Bd. III S 850 ff., Staub, Komm. zum B.G.B. 8. Aufl. Bd. II S. 1363 Anm. 15 zu § 368, Cosack, Lehrb. des bürgerl. Rechts Bd. II § 262, IV, Biermann, welcher früher die entgegengesetzte Ansicht vertreten hatte, Bem. 2 zu § 1292, Crome, System, III. Bd. § 515 Anm 6.

[2]) vgl Protokolle Bd. III S. 528.

eine Einigung über die Bestellung eines Pfandrechts am Wechsels, sondern eine Einigung über die Verpfändung des Wechsels oder noch deutlicher: eine Einigung über die Bestellung einer Sicherheit im Sinn einer Verpfändung. Es wird dagegen von der zweiten Ansicht ein Begriff in den § 1292 B.G.B. hineininterpretiert, der gar nicht hineingehört, wenigstens liegen dafür absolut keine Anhaltspunkte vor, denn von einer „Pfandrechtsbestellung" ist sonst in den Paragraphen nirgends die Rede. Dagegen findet sich der Begriff der „Verpfändung", welcher zu der gen. Einigung hinzugedacht werden muß, gleich am Anfang des Paragraphen. Und noch ein Moment ist es, das ziemlich deutlich darauf hindeutet, daß es sich um eine „Verpfändung" im Gegensatz zu „Bestellung eines Pfandrechts" handelt. Wenn man nämlich die Stelle betrachtet, an welcher der § 1292 B.G.B. im Gesetz steht, wenn man sieht, daß war in dem vorhergehenden § 1291 B.G.B. über das „Pfandrecht" an einer Forderung, und in dem unmittelbar folgenden § 1293 B.G.B. von dem „Pfandrecht" an einem Inhaberpapier gesprochen wird, dagegen in § 1292 B.G.B. selbst ausdrücklich nicht von der „Bestellung eines Pfandrechts" am Wechsel, sondern der „Verpfändung" eines solchen die Rede ist, dann muß man doch wohl annehmen, daß mit dieser Wahl der Worte ein bestimmter Zweck vom Gesetzgeber verfolgt wurde, und daß mit der „Verpfändung" eben nicht eine Pfandrechtsbestellung gemeint sein sollte. Auch die Terminologie steht dieser Annahme in keiner Weise im Wege; unter „Verpfändung" versteht man allgemein die irgend wie erfolgte Bestellung einer Sicherheit für eine Schuld, und wenn diese Sicherheitsleistung nun anstatt, wie für gewöhnlich, in der Bestellung eines Pfandrechts in der fiduziarischen Eigentumsübertragung besteht, so steht nichts im Wege, diese Art der Sicherheitsleistung als „Verpfändung" zu bezeichnen. Wir kommen somit zu dem Resultat, daß in § 1292 B.G.B. gesagt ist, die Verpfändung eines Wechsels könne geschehen durch Indossament mit unterliegendem Begebungsvertrag gerichtet auf

Eigentumsübertragung. Neben dem Begebungsvertrag mit seiner dinglichen Wirkung tritt dann noch die fiduziarische Klausel mit obligatorischer Wirkung. Durch sie wird die Benutzung des übereigneten Wechsels nur zu Pfandzwecken und dementsprechend Rückübereignung nach Wegfall des Verpfändungsgrundes verabredet.

2. Die Ansicht, daß, wenn nicht gemäß § 1292 B.G.B., so doch gemäß § 1274 B.G.B. ein Pfandrecht am Wechsel mittels bloßen Indossaments begründet werden könnne, ist abzuweisen.

Außer dem Versuch, ein Pfandrecht am Wechsel aus der Vorschrift des § 1292 B.G.B. zu konstruieren, wurde auch versucht, ein solches auf Grund der Vorschrift des § 1274 B.G.B. als möglich zu erklären. Während der § 1292 B.G.B. eine Vorschrift speziell für die Verpfändung eines Wechsels aufstellt, sagt § 1274 B.G.B.: „Die Bestellung des Pfandrechts an einem Recht erfolgt nach den für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften." Da nun im Wechsel ein Forderungsrecht verkörpert ist, so fragt es sich, ob nicht auf diesem Weg ein Pfandrecht am Wechsel bestellt werden kann. Welche Vorschriften gelten nun für die Übertragung eines Wechsels? Der Wechsel kann übertragen werden entweder durch Indossament oder durch Zession.[1])

Kann also vielleicht durch Indossament gemäß Art. 9 W.O. ff. ein Pfandrecht am Wechsel bestellt werden? Dies ist, wie gesagt, von einigen Autoren behauptet worden, indem versucht wurde, dem Indossament, welches zur Verpfändung des Wechsels dient, einen besonderen Charakter als „Pfandindossament" zu verleihen, indem ihm andere Wirkungen, als dem gewöhnlichen Indossament zugeschrieben wurden. Die Verfechter dieser Auffassung sind sich allerdings nicht einig, ob dann ein gewisser den Pfandzweck andeutender Zusatz zum Indossament

[1]) Über die Verpfändung durch Zession vgl. weiter unten das unter b 2 Ausgeführte!

nötig ist, oder ob der Vertrag, der dem Indossament zu Grunde liegt, auch ohne schriftliche Fixierung auf dem Wechsel wirksam als ein auf Bestellung eines Pfandrechts gerichteter geschlossen werden könne.

Planck (a. a. S. 850) sagt, die Auffassung eines den Pfandzweck andeutenden Zusatzes wie „zum Pfand" erscheine nicht unzulässig. Der gleichen Ansicht ist Staub[1]). Gierke[2]) meint, das Indossament könne auch als bloßes Verpfändungsindossament gekennzeichnet werden und begründe dann für den Besitzer auch die Legitimation nur als Pfandgläubiger; solle die Beschränkung des übertragenen Rechts papiermäßig wirksam sein, so müsse das Indossament durch einen Zusatz als Verpfändungsindossament bezeichnet werden.[3]) Jakobi[4]) sagt, das Indossament sei, soweit es nicht fiduziaristisches Eigentumsindossament sei, vom Eigentumsindossament begrifflich und in den Wirkungen verschieden; es würde also ein Indossament, das sich ausdrücklich als ein Pfandindossament bezeichnet, deshalb nicht unwirksam sein, weil das Indossament Eigentumsindossament sein müßte. Kober[5]) endlich sagt in einer etwas unklaren Darstellung über das Pfandindossament, ein Beisatz über über den Zweck des Indossaments, z. B. „zum Pfand" werde bei der Auffassung, daß durch Indossament nach § 1292 B.G.B. ein Pfandrecht am Wechsel übergehe, an sich nichts schaden können.

---

[1]) Komm. z. B.G.B. 8. Aufl. Bd. II Anm. 15 zu § 368.

[2]) Deutsch. Privatrecht II § 172 S. 1018 sub 2.

[3]) so außer den Genannten noch: Goldschmidt, Handelsrecht Bd. II S. 894 Anm. 43, v. Canstein, Wechselrecht S. 225, Kober, zu § 1292 B.G.B. Bem. 2 d.

Dagegen a. A.: Laband, in Zeitschr. für Handelsrecht IX. S. 245 ff., K. Lehmann, Recht der A. G. Bd. II S. 62 Anm. 4, v. Wendt a. a. O. S. 294—297.

[4]) A. a. O. S. 60.

[5]) im v. Staudingerschen Kommentar, 2 Aufl. III zu § 1292 S 629—631.

Wäre die Ansicht, daß durch ein bloßes Indossament ohne Zusatz ein Pfandrecht am Wechsel begründet werden könne, richtig, so würde über die Wirkung dieses Indossaments lediglich der unterliegende Begebungsvertrag entscheiden. Die Konsequenz wäre dann aber die, daß man das Indossament zu jedem beliebigem Übertragungszweck verwenden könnte, indem man bloß mit dem Vertragsgegner einen entsprechenden Begebungsvertrag abzuschließen brauchte. Das ist aber durchaus abzulehnen und somit kann auch auf diese Weise ein Pfandrecht am Wechsel nicht begründet werden.[1]) Es ist eben daran festzuhalten, daß durch das Indossament gemäß Art. 10 W. O. „alle Rechte aus dem Wechsel"= das Eigentum am Wechsel übergeht, und nicht ein Pfand= oder anderes Recht. Das Wechselrecht hat eben nur zwei Arten von Indossamenten zugelassen, das Vollindossament (gewöhnliches und Blanko=Indossament) und das Prokuraindossament. Wer also ein drittes, ein „Pfandindossament" mit besonderen Wirkungen konstruiert, schafft damit ein Rechtsinstitut, das den Rechtsquellen direkt widerspricht.

b) Nun fragt sich noch, ob nicht vielleicht dadurch ein Pfandrecht am Wechsel begründet werden kann, daß man dem Indossament noch einen den Pfandzweck ausdrückenden Zusatz beifügt. Dies ist die Ansicht einiger schon oben gen. Autoren.

Wollte man nämlich diese schon erwähnte Trennung zwischen Form und Inhalt, Hingabe des indossierten Papiers einerseits und Erklärung der Pfandrechtsbestellung andererseits als an sich möglich annehmen, so müßte doch der Inhalt der Erklärung das erkennbar machen, daß es sich nicht mehr um eine Übereignung handle, sondern um eine Verpfändung i. S. einer Pfandrechtsbestellung. Somit wäre dann ein Zusatz „zum Pfand" nötig. Das widerspricht aber wiederum ganz offensichtlich den ausdrücklichen Vorschriften der Wechselordnung, welche zwar in Art. 17 gewisse die Bevollmächtigung ausdrückende Zusätze wie „in Prokura" 2c. ausdrücklich gestattet, andere Zu=

[1]) vgl. dazu v. Wendt a. a. O. S. 296 u. 297.

sätze aber nicht kennt. Ein solcher Zusatz „zum Pfand" gilt entweder als nicht geschrieben, oder — beides ist lediglich Frage der Auslegung des Willens der Parteien! — falls dadurch deutlich wird, daß zwischen den Parteien der Übereignungswille fehlt, macht er das ganze Indossament als simuliert ungiltig; keines Falls aber kann durch ihn in Verbindung mit einem Indossament ein Pfandrecht am Wechsel begründet werden, da eben durch Indossament nur Eigentum übergeht. Somit ist auch diese Ansicht als verfehlt zurückzuweisen.

2. Im Anschluß hieran ist nun noch die Frage der Verpfändung des Wechsels durch Zession zu erörtern. Im Vorhergehenden ist festgestellt worden, daß eine Pfandrechtsbestellung an einem Wechsel mittels Indossaments (mit oder ohne Zusatz) nicht möglich ist. Wie verhält sich dies nun, wenn die zweite Übertragungsart eines Wechsels nämlich die Zession zu diesem Zweck gewählt wird?

Der Wechsel kann als ein in einer Urkunde verkörpertes Recht außer durch Indossament auch durch Abtretung i. S. des § 398 ff. B.G.B. übertragen werden.[1]) Ist nun auf diesem Weg die Bestellung eines Pfandrechts am Wechsel möglich? Richtiger Ansicht nach wird durch Zession nicht der Wechsel als solcher (d. h. das Papier und die darin verkörperte Forderung), sondern nur das Forderungsrecht aus dem Wechsel übertragen. Zur wechselrechtlichen Übertragung ist nötig: Indossament und Übergabe des indossierten Papiers. Die zivilrechtliche Zession dagegen wirkt auch ohne Übergabe des Papiers.[2])

---

[1]) cfr. R. G. Entsch. Bd. 13 S. 329, R. O. H. G. Entsch. Bd. 11 S. 250.

[2]) so R. G. Entsch. Bd. 26 S. 100: „Sodann aber wäre die erfolgte Zession, auch wenn sie nicht von der Aushändigung der Wechselurkunde begleitet war, keineswegs ohne jede rechtliche Wirkung", ebenso Grünhut, Wechselrecht Bd 2 S. 153.

Allerdings ist festzustellen, daß die durch die Zession erworbene Wechselforderung nicht geltend gemacht werden kann ohne den Besitz des Wechsels, denn der Wechselschuldner ist nur gegen gehörige Auslieferung des Wechsels zu zahlen verpflichtet. Insofern ist Dernburg beizupflichten, wenn er sagt: „Zur Vollendung der Zession der Wechselforderung ist erforderlich, daß dem Zessionar der Besitz des Wechsels übertragen werde, da es sich um eine Papierobligation handelt, die ohne diesen Besitz nicht geltend gemacht werden kann."

Es ist also davon auszugehen, daß durch Zession das Forderungsrecht aus dem Wechsel übergeht. Nun erfolgt gemäß § 1274 B.G.B. die Bestellung des Pfandrechts an einem Recht nach den für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften. Die Übertragung des im Wechsel verkörperten Forderungsrechts erfolgt aber nach den Vorschriften über die Abtretung (Zession). Daraus scheint hervorzugehen, daß die Bestellung des Pfandrechts an der Wechselforderung nach Art der Zession, also durch formlosen Vertrag gemäß § 398 B.G.B. geschieht oder geschehen kann.

Angenommen nun, ein Wechselindossatar will den Wechsel auf diese Weise verpfänden. Er verpfändet also die Wechselforderung durch formlosen Vertrag zum Pfand an seinen Gläubiger. Zur Vorsicht kann auch noch der Vertrag dem Wechselschuldner angezeigt oder dem Gläubiger gemäß § 409 B.G.B eine Urkunde über die erfolgte Verpfändung ausgestellt werden. Was ist dann der Erfolg? — der, daß der Gläubiger in keiner Weise gesichert ist. Er kann ja die Wechselforderung nicht ohne den Besitz des Wechsels geltend machen, denn der Wechselschuldner wird nur gegen Herausgabe des Wechsels zahlen. Der Gläubiger braucht also den Wechsel. Er hat nun allerdings kraft der erfolgten Verpfändung einen Herausgabeanspruch bezüglich der Wechselurkunde gegen den Zedenten, ev. kann er auf Schadenersatz gegen diesen klagen.[1]) Allein angenommen der

[1]) Grünhut a. a O. S. 153.

Verpfänder ist sonst vermögenslos, so hat dieser Schadenersatzanspruch keinen Wert. Wenn der Schuldner, der Indossatar, welcher die Wechselforderung seinem Gläubiger verpfändet hat, den Wechsel nun trotzdem an einen Andern indossiert, so überträgt dieses Indossament das volle Gläubigerrecht auf den neuen Indossatar, mag dieser die vorher erfolgte Verpfändung kennen oder nicht und gegen diesen hat der Gläubiger keinerlei Herausgabeanspruch.

Somit hat die bloße formlose Verpfändung der Wechselforderung für den Gläubiger keinen wirklichen Sicherungswert, solange nicht die körperliche Übergabe der Wechselurkunde dazukommt. Läßt sich der Gläubiger nun den Wechsel mit (Voll- oder Blanko-) Indossament versehen übergeben, dann entsteht nach den oben ausgeführten Sätzen für ihn wiederum kein Pfandrecht an der Wechselforderung, sondern er wird Eigentümer des Wechsels, außer wenn er trotz des Indossaments nicht Eigentum an dem Wechsel, sondern nur ein Pfandrecht erwerben wollte. Diesem letzteren Fall steht dann der gleich, daß sich der Gläubiger den Wechsel ohne jegliches Indossament übergeben läßt. Denn dann kann er ja die Wechselforderung trotz des fehlenden Indossaments geltend machen, indem er den Wechsel dem Wechselschuldner vorzeigt und die Verpfändung nachweist. Ist nun in diesen beiden Fällen, falls der Vertrag nur die Verpfändung beabsichtigt, für den Gläubiger, den Zessionar, ein Pfandrecht am Wechsel entstanden?

Die Beantwortung dieser Frage hängt m. E. von der Auslegung der Vorschrift des § 1292 B.G.B. ab. Nimmt man nämlich an, daß der § 1292 B.G.B. eine lex specialis gegenüber dem § 1274 B.G.B. als der lex generalis sein soll, dann muß man daraus schließen, daß § 1274 B.G.B. für Wechsel und andere indossable Papiere gar nicht in Betracht kommen kann, indem in § 1292 B.G.B. eine Ausnahme für gewisse an sich unter § 1274 B.G.B. fallende Arten von Rechten aufgestellt werden sollte. Unter dieser Annahme wäre also das oben konstruierte Pfandrecht unmöglich.

Nimmt man aber an, und zwar besonders wegen des „zur Verpfändung eines Wechsels — — genügt ꝛc.“, daß § 1292 B.G.B. nur eine Vorschrift neben § 1274 B.G.B. geben will, dann muß man allerdings das konstruierte Pfandrecht an einem Wechsel in den beiden eben konstatierten Fällen als möglich anerkennen. Ich möchte mich für diese letztere Annahme entscheiden.

Der Pfandgläubiger kann also den Wechsel nach Fälligkeit geltend machen, indem er die Verpfändung nachweist und den Wechsel vorzeigt; der Wechselschuldner muß dann gegen Aushändigung des Wechsels an ihn bezahlen.

Zum Schluß fragt sich noch, welche Einreden der Wechselschuldner dem klagenden Indossatar gegenüber erheben kann. Daß er den Einwand der Simulation, falls die Eigentumsübertragung ernstlich gewollt war, und den der Gesetzesumgehung nicht geltend machen kann, ist schon oben ausgeführt. Ebensowenig kann aber der Schuldner dem Indossatar gegenüber Einreden aus dessen Verhältnis zum Indossanten herleiten. Das interne Verhältnis zwischen diesen Beiden geht den Schuldner hier nichts an. Dabei ist gleichgiltig ob der Zeitpunkt, mit welchem der Indossatar gemäß seiner Verabredung mit dem Indossanten den Wechsel zu seiner Befriedigung verwenden sollte oder durfte, schon gekommen war, oder nicht, ebenso ob die durch die Übereignung des Wechsels an den Indossatar gesicherte Schuld des Indossanten noch bestand oder schon getilgt war. Ein etwaiges vertragswidriges Handeln des Indossatars dem Indossanten gegenüber begründet also für den Wechselschuldner keine Einrede dem Indossatar gegenüber. Der Indossatar, der den Wechsel zu Sicherungszwecken übereignet erhalten halt, behält eben diese Rechtsmacht auch nach Tilgung der gesicherten Schuld; er ist ja nur obligatorisch verpflichtet, für den Fall der Tilgung dem Indossanten den Wechsel zurückzuübereignen. Der Schuldner kann ferner dem Indossatar Einreden aus der Person des Indossanten nicht entgegenhalten, außer wenn der Indossatar die betr. Einrede beim Erwerb des Wechsels ge-

kannt hat. (Dann hat der Wechselschuldner eine exceptio doli specialis.) Der Indossant macht ja den Wechsel im eigenen Interesse geltend; ein direktes Interesse des Indossanten dabei ist nicht vorhanden. Ein Grund, dem Schuldner aus Billigkeitsrücksichten Einreden aus der Person des Indossanten auch dem Indossatar gegenüber zu gewähren, liegt somit nicht vor. Anders, wie wir sehen werden, unten beim Vollindossament zum Inkasso!

Ist dagegen der Wechsel nicht mittels eines Indossaments, sondern durch Zession übertragen worden, dann ändert sich das Verhältnis zwischen Wechselschuldner und Wechselgläubiger. Hier kann dann der Schuldner dem Gläubiger alle Einreden aus der Person des Zedenten entgegenhalten (§ 404 B.G.B.).

Anders liegt die Sache bei der Verpfändung von Inhaberpapieren. Nach § 1293 B.G.B. wird ein Pfandrecht an solchen in der Weise bestellt, wie bei beweglichen Sachen, nicht wie bei Rechten. Die Pfandrechtsbestellung erfolgt also durch Einigung (gerichtet auf Bestellung eines Pfandrechts) und Übergabe des Papiers. Der Pfandgläubiger ist damit berechtigt, das Papier zum Zweck seiner Befriedigung bei Nichtzahlung bezw. nicht rechtzeitiger Zahlung der Schuld seitens des Pfandbestellers zu verkaufen. Außerdem aber hat er gemäß § 1294 B.G.B. das Recht zur Einziehung der durch das Inhaberpapier verbrieften Forderung und zwar schon ehe seine durch das Pfand gesicherte Forderung fällig ist. Dagegen hat er nicht das Recht, das Papier (anders als zum Zweck des Verkaufs behufs Befriedigung) durch Übergabe weiterzubegeben. Das Eigentum an dem Papier verbleibt hier beim Verpfänder bis ein Pfandverkauf oder eine Einziehung beim Schuldner erfolgt ist.

C.

Die Forderungszession zu Inkassozwecken.

Nachdem wir im Vorhergehenden die Fälle der Sicherungsübereignung betrachtet haben, kommen wir nunmehr zu den Anwendungsfällen des fiducia-Begriffs zu Inkassozwecken und

zwar tritt uns hier zunächst das Rechtsgeschäft der Forderungszession zum Inkasso entgegen.

Bei der Frage der Giltigkeit oder Ungiltigkeit dieses Rechtsgeschäfts finden wir eine Ansicht vertreten, nach welcher dieses Rechtsgeschäft unzulässig sein soll. Es ist die Ansicht Stammlers[1]). Er sagt, so wie man das durch die fiduziarische Zession geschaffene Rechtsverhältnis gewöhnlich ansehe, — wir geben hiebei dem Fiduziar nach außen hin die Stellung des Gläubigers einer uns zustehenden Forderung und verschaffen ihm hiedurch die volle Legitimation zur Geltendmachung des Rechts. Nach innen bleibt er aber bloßer Bevollmächtigter des Zedenten — sei seine Konstruktion juristisch gar nicht möglich. Diese Gegenüberstellung „nach außen" und „nach innen" bei einem und demselben rechtlich geordneten Verhältnis stehe der notwendigen Einheitlichkeit eines solchen Verhältnisses derart im Wege, daß man von dieser Konstruktion ganz absehen müsse. Wenn eine fiduziarische Zession einen selbständigen Sinn haben solle, so könnte nur in der Gestalt auftreten, daß der Fiduziar das Recht des Gläubigers zur selbständig berechtigten Einziehung überlassen erhalten würde. Das wäre dann ein eigenartiges Rechtsinstitut, das zwischen einer einfachen Zession und einer bloßen Bevollmächtigung in der Mitte stünde, das sich der actio utilis des römischen Rechts annäherte, ohne doch mit dieser identisch zu sein. Nach dem B.G.B. sei eine solche fiduziarische Zession aber, da die Belege dafür im Gesetz fehlen, als nicht zulässig anzusehen.

Hiegegen ist zu sagen: die fiduziarische Zession und überhaupt das fiduziarische Rechtsgeschäft, deren Konstruktion von Stammler als mit den Vorschriften des B.G.B. nicht übereinstimmend erklärt wird, ist in der Auffassung, daß man dem Fiduziar nach außen eine Rechtsstellung verleiht, die er nach innen nicht hat, allerdings ein Unding. Dagegen ist das fiduziarische Rechtsgeschäft und damit die fiduziarische Zession, wie

[1]) „Schuldverhältnisse" S. 180 ff.

oben in § 5 ausgeführt wurde, in der Konstruktion möglich und anzuerkennen, daß man dem Fiduziar rechtlich nach außen und innen die volle Eigentümer- bezw. Gläubigerstellung und damit die Legitimation zur Geltendmachung des Rechts einräumt und diese Rechtsmacht durch obligatorisch wirkende Parteiabreden im Innenverhältnis wieder zweckentsprechend beschränkt. Dann ist die Stellung des Fiduziars eine durchaus einheitliche und leidet nicht an einer grundsätzlichen Verschiedenheit des Innen- und Außenverhältnisses. Die dingliche Rechtslage ist vielmehr nach jeder Richtung hin einheitlich. Diese Rechtslage: Der Fiduziar ist nach der dinglichen Seite hin Eigentümer bezw. Forderungsgläubiger gegen außen und innen, aber er ist im Verhältnis zum Zedenten obligatorisch gebunden — entspricht dann, wenn ich Stammler richtig verstanden habe, der Konstruktion, welche nach seiner Ansicht allein anzuerkennen wäre, daß nämlich der Fiduziar das Recht des Fiduzianten zur selbständig berechtigten Verfügung, d. h. in diesem Fall zur Einziehung, überlassen erhielte. Nun sagt Stammler, für dieses Rechtsinstitut fehlen die Belege im B.G.B. Ich glaube doch nicht. Das B.G.B. hat den abstrakten dinglichen Vertrag im Gegensatz zum gemeinen Recht anerkannt. Wenn statt dieses abstrakten dinglichen Vertrags ein konkreter, wie z. B. ein Kauf, zum Zweck der Sicherung vereinbart wird, so ist das Rechtsgeschäft im B.G.B. ebenso sicher anerkannt, und wenn endlich die Differenz zwischen Mittel und Zweck durch einen obligatorischen Vertrag wieder ausgeglichen wird, so ist m. E. kein Zweifel darüber möglich, daß diese verschiedenen Bestandteile des Rechtsgeschäfts und damit auch das kombinierte Rechtsgeschäft selbst nach B.G.B. zulässig ist.

Fragen wir nun, wie sich der Schuldner bei dieser Forderungszession zum Inkasso stellt, besonders, welche Einreden ihm dem Zessionar gegenüber zustehen, so ergibt sich folgendes: Gemäß § 398 B.G.B. tritt der Zessionar an die Stelle des Zedenten; er wird also Gläubiger und ist als solcher zur alleinigen und eigenen Geltendmachung der Forderung berechtigt.

Klagt er etwa gegen den Schuldner, so fragt es sich zunächst ob dieser einen Einwand gegen seine Aktivlegitimation erheben kann. Die Nichtigkeit des zwischen Zedenten und Zessionar geschlossenen Vertrags auf Grund der Behauptung, daß eine Gesetzesumgehung vorliege, geltend zu machen, das ist nach dem bisher Ausgeführten unmöglich. Dagegen könnte der Schuldner an sich die Nichtigkeit des Vertrags aus dem Gesichtspunkt der Simulation behaupten. Ist die Zession als ein Scheingeschäft im Sinn des § 117 B.G.B. im einzelnen Fall anzusehen — ob dies zutrifft, ist lediglich Tatfrage —, dann ist sie nichtig und der Zessionar muß sich den Vorwurf mangelnder Aktivlegitimation entgegenhalten lassen. Allein verfehlt ist es, eine Simulation aus dem Grund anzunehmen, weil die Zession nur den Zweck hatte, die Forderung für Rechnung und im Interesse des Zedenten einziehen zu lassen. [1])

Der Schuldner kann dagegen dem Zessionar gegenüber einwenden: 1. Der Vertrag zwischen Zedent und Zessionar sei simuliert, es liege ein Scheinvertrag vor. 2. Es habe ihm z. Zt. der Abtretung der Forderung eine begründete Einrede gegenüber dem Zedenten zugestanden und diese mache er gemäß § 404 B.G.B. nun dem Zedenten gegenüber geltend. Der Zedent habe die Forderung lediglich aus dem Grund an den Zessionar abgetreten um ihm, dem Schuldner diese Einrede zu entziehen. 3. Die Forderung sei vom Zedenten an den vermögenslosen Zessionar abgetreten worden, um im Fall des Obsiegens des Schuldners keine Prozeßkosten zahlen zu müssen, indem der Zessionar das Armenrecht für sich in Anspruch nehmen könne [2]). 4. Der Vertrag zwischen Zedent und Zessionar sei wieder rückgängig gemacht worden. An sich kann zwar der Schuldner

---

[1]) Das ist ja schon oben in § 4 ausführlich ausgeführt.

[2]) vgl. Entsch des Kammergerichts vom 16. Januar 1902 in: Rechtsprechung der O. L. G. Bd. 4 S. 212. Anders aber mit Unrecht. Bolze, Bd. 8 Nr. 378, 379, ferner Guchots Beitr. Bd. 34 S. 464, jur. Monatsschr. f. Pr. 1898, S. 29, jur Wochenschrift 1889 S. 521 Nr. 22, 1900 S. 860 Nr. 23.

keine Einrede aus dem Kausalverhältnis zwischen Zedent und Zessionar entnehmen, allein es steht ihm in diesem Fall doch eine Einrede der Arglist unter Berufung auf § 242 B.G.B. zu und zwar eine exceptio doli generalis, wenn er mit Recht behaupten kann, der Vertrag zwischen Zedent und Zessionar sei, noch vor der Erhebung der Klage durch den Zessionar, wieder aufgehoben worden und der Zedent wolle somit nicht, daß er, der Schuldner, durch Klage zur Bezahlung der Schuld gezwungen werde. Es liege hier eine Ausnützung der fiduziarischen Rechtsmacht vor gegen den Willen des Fiduzianten zu seinem, des Schuldners Nachteil. [1])

Dagegen kann der Schuldner nicht einwenden, seine Schuld gegenüber dem Zedenten sei, allerdings erst nach der ihm bekannten Abtretung der Forderung an den Zessionar, inzwischen erloschen. [2]) Hier muß er trotzdem an den Zessionar zahlen, hat aber dann einen Ersatzanspruch gegen den Zedenten.

Zum Schluß sei noch kurz auf das oben S. 26 ff. zu der Ansicht Schöningers Ausgeführte verwiesen. Aus den dort gegebenen Ausführungen geht für die hier zu entscheidende Frage hervor, daß der Zessionar, sobald er das wenn auch nur fiduziarische Eigentum bezw. Forderungsrecht erlangt hat, auch die Befugnis erworben hat, die Forderung in eigenem Namen geltend zu machen, und sich den Einwand der mangelnden Aktivlegitimation nicht entgegenhalten zu lassen braucht.

D.

Das Vollindossament zu Inkassozwecken.

Darunter ist verstanden ein Indossament, das zwar in der äußeren Form nicht als Prokura- sondern als Voll-Indossament auftritt, aber doch nur dazu erteilt ist, um durch den Indossatar die Forderung für Rechnung des Indossanten einziehen zu lassen.

---

[1]) so auch R.G. Entsch. Bd. 39 Nr. 41, Bd. 53 Nr. 104 und v. Wendt a. a. O. S. 300 ff.

[2]) B.G.B. § 407.

Ein solches Indossament kann auch in einem Blankoindossament bestehen. Die Wirkungen, soweit sie hier in Betracht kommen, sind bei beiden Arten von Indossamenten dieselben. Wenn also im folgenden nur vom gewöhnlichen Indossament die Rede sein wird, so hat immer Entsprechendes auch für das Blankoindossament zu gelten. Ein solches Indossament kann simuliert sein.[1]) Ob das der Fall ist, oder nicht, ist lediglich Tatfrage. Es ist aber nicht etwa deshalb als simuliert anzusehen, weil es lediglich zum Zweck des Einzugs der Wechselforderung gegeben worden ist.[2]) Ist also der Eigentumsübergang ernstlich gewollt, so ist nach richtiger Ansicht Eigentum übergegangen und das Rechtsgeschäft als vollgiltig anzusehen.

Es fragt sich nun, welche Einwendungen dem Wechselschuldner weiter, abgesehen von der der Simulation dem Fiduziar gegenüber zustehen. Um eine Gesetzesumgehung kann es sich hier nach dem bisher Gesagten nicht handeln. Dem Schuldner stehen dagegen nach Art. 82 W.O. alle die Einwendungen zu, die den objektiven Bestand der Wechselobligation berühren, sowie diejenigen, welche ihm persönlich dem Indossatar gegenüber sich bieten. Es fragt sich weiter, und das ist hier die wichtigste Frage, *ob der Indossatar sich Einwendungen aus der Person des Indossanten entgegenhalten lassen muß* oder ob er berechtigt ist, solche als unzulässig zurückzuweisen.

Hier stehen wir zwei Ansichten gegenüber:

1. Die eine Ansicht sagt: Der Beklagte darf auf Grund der Behauptung, daß der Kläger in Wirklichkeit Indossatar nur zu Inkassozwecken sei, die ihm angeblich gegen den Indossanten zustehenden Einreden auch dem Kläger als Indossatar entgegensetzen. So: *Reichsgericht*, O.A.G.

---

[1]) A. a. wie oben ausgeführt Werthauer.

[2]) vgl. darüber, sowie über die Frage, ob durch das Indossament Eigentum übergeht, oder nicht das zum Vollindossament zu Pfandzwecken Gesagte.

Dresden,[1]) O.A.G. Rostock,[2]) Hellwig, Kohler, Staub und v. Wendt.

2. Die zweite Meinung verneint dies, indem sie die Geltendmachung derartiger Einreden dem Indossatar gegenüber für unzulässig erachtet. So: R.O.H.G., Dernburg, Grünhut, v. Lang, Holz und Werthauer.

Was zunächst die Auffassung des R.O.H.G.[3]) anlangt, so ist dieselbe folgendermaßen zu präzisieren: Der Indossatar, welcher den Wechsel zum Zweck der Einkassierung übereignet erhält, wird durch das fiduziarische Indossament voller Eigentümer des Wechsels. Das hindert nicht, daß er im Interesse des Indossanten handelt und das Empfangene an diesen herauszugeben hat. Es steht nichts im Wege, für einen beschränkten Zweck ein über denselben hinausgreifendes Mittel zu wählen. Der Gebrauch des stärkeren Mittels zieht nun aber für die Beteiligten alle Rechtsfolgen nach sich, welche sich an das stärkere Mittel knüpfen. Wird somit zum Zweck der Einkassierung einer Wechselforderung durch den Indossatar diesem von dem Indossanten durch Vollindossament der Wechsel übertragen, so erhält der Indossatar das volle Eigentum an dem Wechsel, während der Indossant des Eigentums verlustig geht. Nur im Weg der nachfolgenden Ausgleichung zwischen Indossant und Indossatar gelangt indirekt die zwischen diesen beiden getroffene Übereinkunft zur Verwirklichung. Den Dritten, besonders den Wechselschuldner, kümmert diese Verabredung nicht. Er hat weder Pflicht noch Recht, auf sie zurückzugreifen. Ihm gegenüber ist lediglich die stärkere Wirkung sowohl erklärt wie gewollt. Er darf somit weder das eigene Klagerecht des Indossatars anfechten, noch demselben Einreden aus der Person des Indossanten lediglich aus dem Grund entgegensetzen, weil

[1]) Entsch. v. 16. Jan. 1857 in Seuff. Arch. Bd. 12 S. 255.
[2]) Entsch. in Seuff. Arch. Bd. 22 Nr. 165.
[3]) Entsch. Bd. 1 S. 169, 276, Bd. 4 S. 191, Bd. 5 S. 36, Bd. 6 S. 44, Bd. 10 S. 156, Bd. 11 S. 111, Bd. 12 S. 434, Bd 13 S. 261, Bd. 15 S. 23, Bd. 23 S. 338.

derselbe materiell nicht eigene, sondern fremde Rechte verfolge. Mit der gegenteiligen Ansicht ist der Wechselverkehr unverträglich.

Ähnlich spricht sich Werthauer[1]) aus, welcher unter Berufung auf das formelle Recht des Indossatars dem Wechselschuldner alle Einreden aus der Person des Indossanten abschneiden will. „Überhaupt ist darin allein, daß das Institut des formellen Rechts bewußt zur Benachteiligung Anderer vom Standpunkt des materiellen Rechts aus verwertet worden, ohne daß dadurch zugleich der Tatbestand einer an sich rechtswidrigen Handlungsweise erfüllt wird, ein Mißbrauch des formellen Rechts nicht zu finden. Aus der Absicht des Indossatars beim Erwerb oder bei Geltendmachung der Wechselforderung allein oder in Verbindung mit zivilrechtlichen Beziehungen zwischen Indossatar und seinem Vormann vermag der Wechselschuldner niemals eine Einrede gegen dieselbe zu entnehmen.

Dernburg[2]) und ebenso Grünhut[3]) meinen, nur dann, wenn der Indossatar bewußtermaßen sich zum Werkzeug der Durchführung eines materiell unberechtigten Anspruchs mache, könne ihm der Wechselschuldner Einreden, welche ihm, dem Schuldner, gegen den Indossanten zustehen würden, entgegensetzen. Dernburg glaubt sich mit dieser Ansicht in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht; dies ist aber irrig, wie aus der Vergleichung seiner Ansicht mit der unten genauer wiederzugebenden Ansicht des Reichsgerichts hervorgeht.

v. Lang[4]) sagt, zuzugeben sei nur, daß es ein dolоses Verhalten des Indossanten ist, wenn er indossiert, um dadurch ihm bekannten und zwar als begründet bekannten Einreden des Schuldners auszuweichen. Ebenso handle der Indossatar dolos, wenn er bei der Begebung des Wechsels von der Stichhaltigkeit der ihm bekannten Einreden des Wechselschuldners über-

[1]) a. a. O. S 642 ff, S. 651 ff

[2]) a. a. O. Bd II 2. Abtl. S. 327.

[3]) Handb. d. Wechselrechts Bd. II S. 132 Anm. 3 S. 147.

[4]) „Die Wirkung der fiduziarischen Geschäfte" im Arch. f. d. ziv. Pe Bd. 83 S. 336 ff.

zeugt war und überzeugt sein mußte. Nur in diesem Fall will v. Lang Einreden des Schuldners, die dieser dem Indossanten gegenüber hätte, auch dem Indossatar gegenüber zulassen. Er meint, wenn man dem Schuldner den Nachweis des Inkasso-Indossaments gestatte und ihm dann alle gegen den Indossanten zustehenden Einreden auch dem Indossatar gegenüber einräume, so werde dadurch die Möglichkeit des fiduziarischen Geschäfts beseitigt und es verschwinde jeder Unterschied zwischen Prokura- und Vollindossament.

Holz[1]) läßt durch das Indossament nur die Gläubigerschaft, nur „alle Rechte aus dem Wechsel", auf den Indossatar übergehen. Das Eigentum der Wechselforderung verbleibe bei dem Indossanten. Da der Indossatar Rechtsnachfolger (im weiteren Sinn) des Indossanten sei, so schaffe ein Urteil gegen den Indossanten prinzipiell auch Rechtskraft gegen den Indossatar. Diesem Prinzip stehe Art. 82 W.O. entgegen. Wenn also der Indossatar beim Erwerb des Wechsels die Einwendungen aus der Person des Indossanten kannte, dann habe er den Schutz des Art. 82 verwirkt. Hierauf beschränken sich aber auch die Wirkungen der alten exceptio doli, sodaß der Schuldner sonst keine Einreden aus der Person des Indossanten dem Indossatar entgegensetzen dürfe. Die exceptio doli generalis finde im heutigen Recht keinen Platz mehr.[2])

Dem gegenüber läßt dagegen das Reichsgericht solche Einreden unbeschränkt zu. Es sagt: Der Indossatar handelt dolos nicht allein, wenn er beim Erwerb des Wechsels wußte, daß er als Werkzeug dazu dienen sollte, einen unbegründeten Anspruch des Indossanten geltend zu machen und dem Wechselschuldner begründete Einreden abzuschneiden, sondern es trifft ihn der Vorwurf arglistigen Handelns auch dann, wenn er vor Anstellung der Wechselklage oder auch erst im Lauf des Prozesses

---

[1]) „Wechseleigentum und stilles Prokuraindossament" in Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 50 S. 329 ff.

[2]) a. A. besonders v. Wendt a. a. O.

die von dem Schuldner gegen den Indossanten in Anspruch genommenen Einreden erfährt und das ihm zustehende Forderungsrecht dazu mißbraucht, um die Geltendmachung dieser Einreden kraft seiner eigenen wechselrechtlichen Legitimation lediglich zum zum Nachteil des Schuldners zu verhindern. Ist das aber der Fall, so muß der dolose Kläger auch die gegen seinen Indossanten begründeten Einreden sich gefallen lassen.

Auch Staub[2]) läßt in seinen Ausführungen zu Art. 17 W. O. alle Einwendungen, welche der Wechselschuldner dem Indossanten gegenüber hat, auch gegen den Indossatar zu. Staub gibt diesem fiduziarischen Indossatar, welcher den Wechsel zwecks Einziehung übertragen erhalten hat — er nennt ihn „Inkassomandat-Indossatar" — kein Eigentum an dem durch Indossament auf ihn übergegangenen Wechsel, sondern läßt ihn nur nach außen als Eigentümer legitimiert erscheinen. Das Eigentum an dem Wechsel verbleibe beim Indossanten und der Indossatar mache somit ein fremdes Recht in eigenem Namen geltend und müsse sich daher die Einwendungen, die gegen dieses fremde Recht bestehen, gefallen lassen.

v. Wendt[3]) ist mit der Ansicht des Reichsgerichts an sich einverstanden, nur meint er, daß die vom Reichsgericht angeführten Gründe nicht durchweg zutreffen oder wenigstens nicht in einwandfreier Weise formuliert sind. Der Nachweis des Inkassozwecks des Indossaments berechtige den Schuldner trotz Art. 82 W. O., sich auch dem Indossatar gegenüber mit Einreden aus der Person des Indossanten zu verteidigen. Wer sich hier um des Indossaments willen genötigt halte, dem Schuldner die Einreden zu versagen, halte sich zu sehr an das strenge Recht und entziehe sich den für den Schuldner sprechenden Billigkeitserwägungen. Zugleich wendet sich v. Wendt kurz gegen die Ausführungen[4]) von Hellwig, Holz und Wieland.

---

[1]) Entschäd. Bd. 4 S. 100, Bd. 11 S. 9, Bd. 23 Nr. 23, Bd. 27 Nr. 29.

[2]) a. a. O. (5. Auflage). [3]) a. a. O. S. 281.

[4]) a. a. O. S. 281 Anm. 171.

Hellwig (a. a. O. S. 296) argumentiert folgendermaßen: Durch das Vollindossament zu Inkassozwecken überträgt der Berechtigte nicht seine Forderung, sondern er macht den Nehmer zum Wechselgläubiger derart, daß für diesen eine neue Forderung entsteht. Das Recht des Indossanten geht nicht auf den Indossatar über. Trotzdem ist der Indossatar Rechtsnachnachfolger des Indossanten im weiteren Sinn. Das gegenüber dem Indossanten ergangene Urteil schafft prinzipiell auch Rechtskraft gegenüber dem Indossatar.[1]) Hellwig gibt sodann dem Schuldner das Recht, sich gegenüber der Klage des fiduziarischen Indossatars auf § 816 B.G.B. zu berufen. Wie Hellwig diesen Paragraphen, der doch nur von der Verfügung eines Nichtberechtigten handelt, anziehen zu können glaubt, ist mir unverständlich. Nach der Ansicht von Holz (a. a. O. S. 333) hält Hellwig den Indossanten hier aus dem Grund für einen „Nichtberechtigten", weil der Indossant, welchem Einreden entgegenstehen, zu einer Verfügung über den Wechsel materiell nicht berechtigt sei. Diese Ansicht Hellwigs wäre aber unrichtig. Der Indossant war auch, wenn ihm Einreden entgegenstanden, zur Verfügung über den Wechsel voll berechtigt Er konnte ihn also vollgiltig durch Indossament veräußern. Hellwig sagt dann weiter: Jeder Vollindossatar ist Erwerber ohne Entgelt, wenn ihm das Recht lediglich zu dem Zweck anvertraut wurde, es für Rechnung des Fiduzianten geltend zu machen. Somit wird von der herrschenden Meinung mit Recht angenommen, daß jene Einwendungen auch gegen den gutgläubigen Indossatar zulässig sind, wenn er lediglich deshalb zum Vollindossatar gemacht wurde, um die Leistung für Rechnung des Indossanten einzuziehen.

Da die Heranziehung des § 816 B.G.B. m E. unmöglich ist, so hat auch die Konstruktion des fiduziarischen Indossatars

[1]) Diese Ansicht teilt Holz, „Wechseleigentum und stilles Prokuraindossament" in Grünhuts Beitr. zur Erläuterung des Deutsch. Rechts, Bd. 50, Berlin 1906 S. 331.

als eines unentgeltlichen Erwerbers keinen Zweck mehr. Hellwig hätte, wenn er eine von der Ansicht des Reichsgerichts abweichende Begründung der Zulassung jener Einreden geben wollte, vielleicht besser getan, statt § 816 B.G.B. mit dem von ihm als vorliegend behaupteten Begriff der Rechtsnachfolgerschaft des Indossatars gegenüber dem Indossanten zu operieren. Wenn er schon eine solche Rechtsnachfolgerschaft, wenn auch eine im weiteren Sinn, behauptet, so konnte er vielleicht davon ausgehend die Zulässigkeit der Einreden unter analoger Anwendung des § 404 B.G.B. behaupten.

Wieland (a. a O. S. 300 ff.) meint, der fiduziarische Indossatar, dem der Wechsel zu Inkassozwecken indossiert worden ist, erhalte durch dieses Indossament kein Forderungsrecht. Der Grund, weshalb er nicht Gläubiger werde, liege nicht im Mangel des Eigentums — ob der Indossatar durch das Indossament Eigentümer wird, oder nicht, läßt Wieland unentschieden — sondern im Fehlen eines schutzwürdigen Interesses, ohne welches auch abstrakte Forderungsrechte nicht entstehen können. Der Vollindossatar zu Inkassozwecken könne zwar im eigenen Namen klagen. Die Befugnis hiezu werde ihm nicht kraft seines Auftrags zu teil, sondern weil er legitimierter Inhaber sei. Als solcher habe er die Vermutung der Gläubigerschaft für sich. Der Nachweis des zwischen ihm und dem Indossanten bestehen-Auftragsverhältnisses beseitige diese Vermutung; damit zerfalle auch der bis dahin vorhandene Schein des Rechts. Nach Zerstörung der Vermutung aus der Skriptur trete das materielle Recht in den Vordergrund und dieses bestehe hier in der Befugnis des Klägers, namens des Indossanten den Rechtsstreit weiterzuführen. Erbringt der Beklagte den Nachweis, daß Kläger Inkassomandatar des Indossanten sei, oder gibt dies der Kläger zu, so sei dem bisher geltend gemachten Anspruch die Grundlage entzogen. Das Verfahren nehme trotzdem seinen Fortgang und zwar werden nunmehr Einreden ex persona indossantis zugelassen. Streitobjekt sei nunmehr der Wechselan-

spruch des Indossanten gegen den Beklagten; an Stelle des Indossatars sei der Indossant Prozeßpartei geworden.

Wieland kommt also darauf hinaus, den Indossatar nach Aufdeckung des Verhältnisses zum Indossanten als Vertreter des Letzteren zu betrachten, wie Schöninger es bei der Forderungsabtretung zum Zweck des Einzugs bezüglich des Zessionars thut.

Eine Kritik aller dieser hier aufgeführten, mehr oder weniger voneinander abweichenden Ansichten der einen oder der anderen Richtung im Einzelnen würde hier zu weit führen. Es möge genügen dieselben hier in ihren hauptsächlichsten Zügen einander gegenübergestellt zu haben. Es fragt sich aber, wie wir uns zu der Frage zu stellen haben. Vorauszuschicken ist dabei folgendes: Einigkeit herrscht bei den Vertretern beider oben genannten Ansichten, an deren Spitze einerseits das Reichsgericht, andererseits das Reichsoberhandelsgericht stehen, darüber, daß der fiduziarische Indossatar sich jene genannten Einreden des Schuldners dann entgegenhalten lassen muß, wenn erwiesen ist, daß das Indossament, wie dem Indossatar beim Erwerb des Wechsels bekannt war, in der Absicht erteilt worden ist, um dem Schuldner eine bestimmte ihm gegen den Indossanten zustehende Einrede abzuschneiden, und ebenso dann, wenn die Kontrahenten dabei gar keine bestimmte Einrede im Auge hatten, sondern nur beabsichtigten, dem Schuldner etwaige Einreden, welche er dem Indossanten gegenüber vorschützen könnte, zu entziehen (exceptio doli specialis). Andererseits herrscht Einigkeit darüber, daß dem Schuldner die genannten Einreden vollständig abgeschnitten sind, wenn kein fiduziarisches Indossament, sondern ein wirkliches Vollindossament in dem Sinn vorliegt, daß der Wechsel nicht nur Eigentum des Indossatars werden, sondern auch in dessen Vermögen übergehen soll, wenn also neben dem Begebungsvertrag zwischen Indossant und Indossatar keine fiduziarische Verabredung steht. Es ist ja doch nur recht und billig, daß ein solcher Indossatar unter Berufung auf das besondere Recht des Wechsels als eines Orderpapiers Einwen-

dungen des Schuldners, die dieser aus der Person des Indossanten erhebt, zurückweist. Anders liegt die Sache, wenn der Indossatar nicht wie hier den Wechsel, den er durch Vollindossament übereignet erhalten hat, als eigenes Vermögensstück im eigenen Interesse geltend macht, sondern wenn er den Wechsel durch Vollindossament zum Inkasso übertragen erhalten hat. Hier ist zwar nach der oben verteidigten Auffassung der Indossatar voller Eigentümer und als solcher zur Klageerhebung im eigenen Namen legitimiert; er klagt aus eigenem Recht, nicht als Vertreter des Indossanten, also auch nicht in fremdem Namen. Aber geführt wird der Prozeß doch im Interesse des Indossanten. Vom ökonomischen Standpunkt aus betrachtet gehört die in dem Wechsel enthaltene Forderung zum Vermögen des Indossanten, nicht des Indossators Der Ausgang des Rechtsstreits geht also nur den Indossanten an. Es ist allein der faktisch d. h. ökonomisch Beteiligte bei der der Sache. Dieses Verhältnis der rechtlichen und der ökonomischen Seite ändert sich auch dann nicht, wenn etwa auch der Indossatar ein gewisses Interesse daran hat, mit der Klage durchzudringen, indem ihm vielleicht für diesen Fall ein gewisser kleiner Teil der Wechselsumme als Provision seitens des Indossanten versprochen worden ist. Denn wenn auch zugegeben werden muß, daß in diesem Fall der klagende Indossatar auch ein eigenes Interesse bei der Klageerhebung verfolgt, so ist dieses sein Interesse doch angesichts des geringen Betrags, um den es sich meist handelt, und unter dem Gesichtspunkt, daß das Versprochene zugleich ein Äquivalent für seine Tätigkeit bildet, im Verhältnis zu dem Interesse des Indossanten so unbedeutend, daß es neben diesem ganz verschwindet und daß trotzdem der Indossant der eigentliche Beteiligte ist und bleibt.

Darf nun also hier der Wechselschuldner Einreden, die ihm gegen den Indossanten zustanden, auch dem Indossatar gegenüber geltend machen? Einwendungen wie z. B. die der Stundung oder der Aufrechnung? M. E. kann die Entscheidung für oder wider nicht zweifelhaft. Es ist die Meinung für die

richtige zu halten, daß in diesem Fall dem Schuldner die genannten Einreden zustehen. Dies ist einfach ein zwingendes Gebot der Gerechtigkeit. Mit vollem Recht sagt v. Wendt: „Wer sich um des Indossaments willen genötigt hält, dem Schuldner die Einreden zu versagen, hält sich zu sehr an das strenge Recht und entzieht sich den für den Schuldner sprechenden Billigkeitserwägungen." Es kommt bei der Entscheidung dieser Frage schließlich darauf an, ob man gewillt ist, dem strengen Recht gegenüber Billigkeitserwägungen Platz greifen zu lassen oder nicht. Wer sich nur an das strenge Recht hält, wird dem Schuldner im vorliegenden Fall die Einreden versagen. Wer sich dagegen den sich aufdrängenden Billigkeitserwägungen, die für den Schuldner sprechen, nicht verschließt, der wird nicht umhin können, hier anstatt der an sich zweifellos gegebenen strengen Konsequenzen dem Schuldner im Interesse eines der Billigkeit entsprechenden Verkehrs diese Einreden zu gestatten. Und dieser Erwägung hat sich auch, wie wir gesehen haben, anschließend an die genannten Entscheidungen des Reichsgerichts die Praxis und ein großer Teil der Autoren nicht verschlossen.

Es sei mir im Anschluß hieran gestattet, mit kurzen Worten auf eine Ansicht Staubs einzugehen. In der neuesten (5.) Auflage seines Kommentars zur Wechselordnung findet sich folgende Unterscheidung: ist das Vollindossament im gleichzeitigen Interesse des Indossanten und des Indossatars erfolgt, so liegt ein „fiduziarisches" Indossament vor. Dieses ist ein wirkliches Eigentumsindossament. (Staub steht ja, wie schon ausgeführt, auf dem Standpunkt, daß durch das Indossament an sich nicht Eigentum am Wechsel übergeht), sondern daß es auf den unterliegen Begebungsvertrag ankomme, welche Rechtsmacht übertragen werden solle.) Der Wechselschuldner ist somit auf die in Art. 82 W.O. genannten Einreden beschränkt. Ist dagegen das Indossament nur im Interesse des Indossanten erfolgt, verfolgt es also nur Vollmachtszwecke, so liegt ein „Inkassomandat-Indossament", ein „verdecktes Prokuraindossament",

auch „verstecktes Inkassogiro" genannt, vor. Dieses, eine Abart des genannten fiduziarischen Indossaments, unterscheidet sich von diesem besonders dadurch, daß dem Schuldner, da der Indossatar nicht Eigentümer geworden ist, etwaige Einreden gegen den Indossanten auch gegenüber dem Indossatar zustehen. — M. E. ist diese Unterscheidung zwischen fiduziarischem und Inkassomandat-Indossament nicht zu billigen. Ich kann nicht zugeben, daß zwischen beiden ein wirklicher Unterschied besteht, ein Unterschied, welcher verschiedene Namen und besonders eine Verschiedenheit in den Rechtsfolgen rechtfertigen würde. Das fiduziarische Indossament soll im gleichzeitigen Interesse des Indossanten und Indossatars gegeben sein, das zweite nur im Interesse des Indossanten. Aber ist denn das immer genau zu sagen, ob der eine oder der andere Fall vorliegt? Kann nicht vielleicht auch einmal der Indossatar aus irgend welchem besonderen Grund ein großes Interesse an der Einziehung haben, ohne daß der Indossant beim Vertragsschluß etwas davon weiß? Und wenn der Indossant dann indossiert in dem Glauben und der Absicht, daß mit der späteren Einziehung lediglich sein Interesse verfolgt werde, wie steht es dann? Worauf soll es also bei der Entscheidung ob der eine oder der andere Fall vorliegt, ankommen? Auf die Ansicht des Indossanten oder die des Indossatars oder auf den wirklichen Tatbestand? Ferner wird es doch, wie schon angedeutet, häufig vorkommen, daß der Indossatar zum Inkasso eine Art Provision versprochen erhält, sodaß dann bei ihm auch ein gewisses beschränktes Interesse vorhanden ist. Unter welchen der beiden Fälle soll dann dieser Tatbestand gehören? Ich glaube die Abgrenzung und Unterordnung in der Praxis dürfte erhebliche Schwierigkeiten verursachen. — Es gibt eben, und daran ist festzuhalten, nicht drei Fälle des Indossaments, nicht ein Vollindossament und außerdem noch ein fiduziarisches und ein Inkassomandat-Indossament, wobei das zweite sich mehr von dem Dritten, als von dem ersten unterscheiden würde, sondern es ist (abgesehen vom Prokuraindossament) lediglich zwischen dem gewöhnlichen

Vollindossament, das zu Veräußerungszwecken da ist, bei dem somit der Wechsel auch wirtschaftlich in das Vermögen des Erwerbers übergeht, und zwischen dem fiduziarischen Indossament zu unterscheiden, welches zu andern als zu Veräußerungszwecken gegeben ist. Wir haben also, wenn man schon wegen gewisser verschiedener Rechtsfolgen unterscheiden will, zwischen dem oben genannten ersten und dem zweiten Indossament, nicht aber zwischen dem zweiten und dritten zu unterscheiden. Rein theoretisch kann man natürlich auch das fiduziarische Indossament wieder zerlegen, je nachdem es zu Pfand- oder Inkasso-Zwecken, oder je nachdem es mehr im Interesse des Indossanten oder des Indossatars gegeben ist, aber gerade für diesen letzteren Fall an diese Unterscheidung so bedeutsame rechtliche Folgen zu knüpfen, halte ich für falsch.

§ 7. Das fiduziarische Rechtsgeschäft im Konkurs des Fiduziars und in dem des Fiduzianten.

In der Literatur sind die hier auftauchenden Fragen wenig besprochen. Die meisten Autoren haben sich auf eine kurze Erwähnung der einen Streitfrage beschränkt, ob ein zu fiduziarischem Eigentum übertragenes Objekt zur Konkursmasse des Fiduziars gehöre, oder ob der Fiduziant bezüglich des Objekts ein Aus- oder Absonderungsrecht im Konkurs des Fiduziars habe. Dabei wird von der überwiegenden Mehrzahl der Autoren ein Aussonderungsrecht des Fiduzianten als bestehend angenommen und dieser Ansicht hat sich auch die Praxis angeschlossen.

Bejaht wird nämlich das Aussonderungsrecht des Fiduzianten von:

Reichsgericht, Entsch. Bd. 41, S. 1 ff.; 45, S. 80 ff. dann in Seuff. Arch. Bd. 46, Nr. 91, S. 146.

Oberlandesgericht Hamburg, in Rechtspr. der O.L.G., Bd. 11, S. 361; Oldenburg, in Seuff. Arch., Bd. 49, Nr. 113, S. 201; Stuttgart, in Rechtspr. der O.L.G., Bd. 4, S. 380.

Motive zur Konkursordnung, Bd. 2, S. 159 ff.

Protokolle, S. 170 und 172, Anm. 8.

Bernstein, Wechselordnung Art. 17, S. 113.

v. Canstein, Wechselrecht, S. 112, 451.

Dernburg-Biermann, Pandekten, Bd. I, § 100 zu Note 11.

Dernburg, das bürg. Recht, Bd. II, Abt. 1, S. 346 ff.

Dungs in Gruchols Beitr., Bd. 32, S. 32, S. 11 ff.

Endemann, Wechselrecht, § 58 zu Note 37.

Enneccerus-Lehmann, bürg. Recht, I, § 96 a. E.

Jäger, Komm. zur Konkursordnung, § 43, Anm. 17—25.

Kohler in Iherings Jahrb., Bd. 16, S. 353.

Regelsberger, Pandekten I, S. 519 (unter Aufgabe des im Arch. f. d. ziv. Pr., Bd. 63, S. 186 vertretenen entgegengesetzten Standpunkts).

Rehbein, Wechselordnung, 6. Aufl., Art. 9 ff., Nr. 29.

Wienstein, in Ztschr. f. Handelsrecht, Bd. 57, S. 275 ff.

Verneint wird dagegen ein Aussonderungsrecht des Fiduzianten von:

Goltz, „das fiduziarische Rechtsgeschäft", Dissert. 1901, S. 85.[1])

Grünhut, Wechselrecht, Bd. 2, S. 144, Nr. 5.

v. Lang, im Arch. für die ziv. Praxis, Bd. 83, S. 336—351.

L. Seuffert, Konkursprozeßrecht, § 16, Note 10.

Werthauer, a. a. O., S. 658.

Übrigens wird auch von allen Vertretern dieser letzteren Ansicht ohne weiteres zugegeben, daß das Bedürfnis des praktischen Lebens die Bejahung der Frage des Aussonderungsrechts fordert.

Zur Verteidigung der zweiten Ansicht, die dahin geht, dem Fiduzianten das Aussonderungrecht abzusprechen, wird hauptsächlich angeführt, der Fiduziar sei durch die auf Eigentumsübertragung gerichtete Absicht der Parteien verbunden mit Über-

[1]) siehe auch die dort S. 91 cit.

tragung Eigentümer geworden, das betr. Objekt sei also in sein Vermögen übergegangen und gehöre somit zur Konkursmasse. Das sei allerdings bedauerlich, aber nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu ändern; übrigens erscheine diese Rechtslage für den Indossanten nicht mehr so unbillig, sobald man bedenke, daß er es ja ist, welcher diesen Weg der fiduziarischen Übereignung gewählt hat. Wenn der Fiduziant den Vorteil dieses Rechtsgeschäfts genießen wolle, müsse er eben auch das Risiko desselben in Kauf nehmen. Werthauer (a. a. O.) meint „der sich hieraus (nämlich aus dem Fehlen eines Aussonderungsrechts) ergebende Übelstand ist jedoch nicht Konsequenz der richtigen Theorie, sondern ist einem faux pas bei der gesetzlichen Regelung des Konkursrechts zur Last zu legen."

Dieser zweiten Ansicht tritt nun die herrschende Ansicht entgegen und zwar mit verschiedener Begründung, je nachdem angenommen wird, daß Eigentum auf den Fiduziar übergegangen sei oder nicht. Diejenigen, welche annehme, daß das fiduziarisch übereignete Vermögensobjekt in das Eigentum des Empfängers übergegangen ist, sagen, der Fiduziar sei allerdings Eigentümer des Objekts geworden, allein in das wirtschaftliche Vermögen desselben sei das Objekt trotzdem nicht übergegangen, und zwar deshalb nicht, weil die Parteien, wie aus der Fiduzia-Klausel ersichtlich sei, einen solchen Übergang des Objekts in das Vermögen gar nicht beabsichtigt haben. Wienstein (a. a. O.) gibt dafür folgendes Beispiel, würde man im Augenblick der fiduziarischen Übereignung (z. B. im Augenblick der Auflassung) dem „Veräußerer" gesagt haben: „wenn über den jetzt einzutragenden Eigentümer des Grundstücks der Konkurs eröffnet wird, bevor er die Rückauflassung vorgenommen hat, so fällt das Grundstück in die Masse." Dann würde er zweifellos geantwortet haben, so sei die Sache keineswegs gemeint gewesen. Würde man, so wird weiter gesagt, dem Fiduzianten das Aussonderungsrecht nicht gewähren, so wäre der praktische Erfolg hievon der, daß die Gläubiger des Fiduziars, trotzdem das Objekt wirtschaftlich gar nicht zum Vermögen des Kridars,

somit auch nicht zur Konkursmasse gehörte, auf Kosten des Fiduzianten ungerechtfertigt bereichert würden.

Diejenigen Autoren dagegen, welche davon ausgehen, daß Eigentum an den Fiduziar nicht übergehe, sondern derselbe bloß wie ein Eigentümer legitimiert werde (so z. B. Staub), können noch weniger an der Annahme eine Aussonderungsrechts zweifeln, da ja von ihnen das Objekt als nicht nur im Vermögen, sondern auch im Eigentum des Fiduzianten verblieben angesehen wird.

Kohler[1]) gibt dem Fiduzianten nicht ein Aussonderungsrecht, sondern eine dem altrömischen Recht nachgebildete rei vindicatio utilis. Er sieht den Fiduziar als vollen Eigentümer bezüglich des ihm übertragenen Vermögensobjekts an. An sich würde somit das Objekt in die Konkursmasse fallen, allein dieses Resultat würde eine Verletzung der höheren Gerechtigkeit in sich schließen. Somit muß dem Fiduziar wenn auch nicht ein, nach Kohlers Ansicht unstatthaftes, Aussonderungsrecht, so doch wenigstens eine rei vindicatio utilis gegenüber der Masse eingeräumt werden.

Endlich sei noch darauf hingewiesen, daß in der Kommission zur Beratung des Entwurfs einer Konkursordnung — eine vollständige Schilderung der Kommissionsverhandlungen findet sich bei Fuß[2]) S. 92 ff. — die Frage eingehend erörtert und endlich als übereinstimmende Auffassung der Vertreter konstatiert wurde, daß im Fall fiduziarischer Übereignung von Wechseln und anderen durch Indossament übertragbaren Urkunden die Zurückforderung aus der Konkursmasse des Fiduziars nicht ausgeschlossen sein sollte. Dies wurde im Reichstag aus dem Protokoll verlesen und es hat sich gegen diese Auffassung kein Widerspruch erhoben.

Von den meisten Autoren, die im Vorhergehenden genannt sind, wird einmal die Frage unbeantwortet gelassen, welche

[1]) in Iherings Jahrb. Bd. 16 S. 346 ff.

[2]) „Die Rechtsnatur des Vollgiros zu Inkassozwecken", Diss. Kiel 1899.

rechtliche Wirkung das fiduziarische Rechtsgeschäft im Konkurs des Fiduzianten äußert. Noch viel mehr zu rügen aber ist m. E. der Umstand, daß in der Literatur fast nirgends zwischen den verschiedenen Gruppen der fiducia bezüglich der Fragen im Konkurs geschieden wird. Und doch ist das die einzige Möglichkeit, um hier zu brauchbaren und dem Recht entsprechenden Konsequenzen zu gelangen. Gerade hier zeigt sich der Zweck des fiduziarischen Rechtsgeschäfts besonders deutlich. Im folgenden sollen also entsprechend der schon bisher in dieser Arbeit verfolgten Einteilung die Anwendungsfälle der fiducia cum creditore von denen der fiducia cum amico scharf geschieden werden.

I. Anwendungsfälle der fiducia cum creditore.

1. Konkurs des Fiduziars.

Die Sache ist in das Eigentum des Fiduziars übergegangen und als solche würde sie an sich einen Bestandteil der Masse bilden. Bei der Frage, ob diese Wirkung auch wirklich eintritt, macht sich nun die mit der Übereignung verfolgte Absicht der Parteien geltend. Es ist zu beachten, daß hier das Eigentum dem Fiduziar nur zu dem Zweck der Verpfändung der Sache übertragen worden ist. Allein durch diese Übertragung soll eine dem Fiduziar gegen den Fiduzianten zustehende Forderung gesichert werden. Das Eigentumsrecht dient also dem Interesse des Vermögens des Fiduziars, da ja die zu sichernde Forderung zweifellos zu dessen Vermögen gehört. Aus diesem Gesichtspunkt muß daher auch das Eigentumsrecht an der Pfandsache wie ein Bestandteil resp. ein Annex des Vermögens des Fiduziars behandelt werden. Für den einfachen Fall der fiduziarischen Übereignung, wenn nämlich letztere mit der Übergabe des (unmittelbaren) Besitzes der Pfandsache verbunden war, ergiebt sich also, daß hier der Fiduziant kein Aussonderungsrecht bezüglich des fiduziarisch Übereigneten hat, sondern daß der Gegenstand in die Konkursmasse fällt. Besonders liegt die Sache natürlich, wenn bei der Übereignung die Übergabe durch

constitutum possessorium ersetzt worden ist, wenn also der Fiduziant die seinem Gläubiger übereignete Sache mittels constitutum possessorium etwa als Mieter 2c. in seinem unmittelbaren Besitz belassen erhalten hat. Gemäß § 65 K.O. wird die durch die Übereignung gesicherte Forderung nun fällig. Der Schuldner hat also nunmehr die Pflicht, seine Schuld zu bezahlen. Tut er dies dem Konkursverwalter gegenüber, dann hat der Sicherungszweck der Übereignung zu existieren aufgehört. Der Fiduziar bleibt gleichwohl zunächst Eigentümer; das Eigentum fällt nicht von selbst an den Fiduzianten zurück aber der Fiduziar ist in diesem Eigentumsrecht obligatorisch gebunden; der Schuldner kann auf Grund der fiducia-Klausel die Rückübereignung des Gegenstandes (auf dem Wege der brevi manu traditio gemäß § 929 Satz 2 B.G.B.) vom Konkursverwalter verlangen. Diese ihm gegenüber der Masse zustehende Forderung ist nun aber nicht etwa als „Konkursforderung" geltend zu machen, sondern sie wird nach Art eines Aussonderungsrechts geltend geltend gemacht. Bezahlt der Fiduziant dagegen die Schuld trotz der Fälligkeit nicht, so kann der Konkursverwalter unter Kündigung des Mietverhältnisses auf Grund des Eigentumsrechts die Herausgabe der Sache vom Fiduzianten zum Zweck der Befriedigung verlangen und ist dann nur genötigt, diesem einen etwaigen Übererlös wieder herauszugeben. Auch den Anspruch auf die Herausgabe eines solchen Übererlöses macht hier der Fiduziant nicht als Konkursforderung, sondern wie ein Aussonderungsrecht geltend.

2. Konkurs des Fiduzianten.

Ist die Sache bei der Übereignung dem Fiduziar von dem Fiduzianten übergeben worden und befindet sie sich jetzt in der Hand des Fiduziars, dann kommt hier vor allem der Zweck der Übereignung zur Geltung. Der Konkursverwalter hat somit sowenig wie außerhalb des Konkurses der Fiduziant eine rei vindicatio gegen den Fiduziar. Letzterer hat vielmehr das Recht sich aus der Sache zu befriedigen, denn die Sache ist ihm zum

Zweck der Verpfändung übereignet worden. Bezahlt der Konkursverwalter die Schuld, oder hat dies der Fiduziant selbst noch vor Konkurseröffnung getan, dann hat der Konkursverwalter einen Anspruch auf Rückgabe des fiduziarisch übereigneten Vermögensobjekts, soweit eine solche durch die fiduziarische Beredung vereinbart war. Andernfalls d. h. wenn sich der Fiduziar durch Verkauf der Sache befriedigt, hat der Konkursverwalter einen Anspruch auf Herausgabe eines etwaigen Übererlöses. Anders liegt die Sache, falls eine körperliche Übergabe der Sache an den Fiduziar nicht erfolgt, sondern der Gegenstand auf Grund eines constitutum possessorium im unmittelbaren Besitz des Fiduzianten als Mieters 2c. verblieben war. Vor dem Konkurs hat dann der Fiduziar eine rei vindicatio bezüglich der Sache auf Grund seines Eigentums an derselben gegenüber dem Fiduzianten. An sich würde ihm also gegenüber der Konkursmasse ein Aussonderungsrecht zustehen. Allein dem ist nicht so, denn der Fiduziar hat wohl das Eigentum übertragen erhalten, aber dieses sollte nicht in sein Vermögen durch Ausscheiden aus dem des Fiduzianten übergehen, sondern nur dem Zweck der Sicherung seiner Forderung dienen. Hier kommt der Zweck der fiduziarischen Übereignung wieder besonders deutlich zur Geltung. Das Ziel bei dieser Übereignung war also außerhalb des Konkurses das gleiche, wie es im Konkurs durch die Rechtssätze über die abgesonderte Befriedigung verwirklicht werden soll. Es ist zu beachten, daß der Fiduziar ja nicht Eigentümer der Sache etwa auf Grund eines Kaufs 2c. geworden war; die Absicht bei der Übereignung war hier gerade nicht diejenige, einen Übergang des Gegenstandes in das Vermögen des Fiduziars herbeizuführen. Der Fiduziar hat zwar außerhalb des Konkurses einen Anspruch auf Herausgabe aber doch nur auf Herausgabe zu dem Zweck, um sich aus der Sache zu befriedigen. Wenn er trotzdem Eigentümer der Sache geworden ist, so ist das eben eine durch die causa des Rechtsgeschäfts an sich nicht veranlaßte Machtfülle, die ihm zur Erreichung eines bestimmten wirtschaftlichen Zwecks übertragen worden war. Es kann somit

m. E. keine Rede davon sein, daß er nun im Konkurs des Fiduzianten auf Grund jener Rechtsmacht etwa ein Aussonderungsrecht hätte. Damit würde man über das Ziel und den Zweck des fiduziarischen Rechtsgeschäfts weit hinausschießen und zu wenig Rücksicht auf die eigenartige Natut dieses Geschäfts nehmen.

II. Anwendungsfälle der fiducia cum amico.

Vorauszuschicken ist hier, daß es sich hiebei naturgemäß meist nur um eine mit der Übertragung des unmittelbaren Besitzes an den Fiduziar verbundene Übereigung handelt.

1. Konkurs des Fiduziars.

Außerhalb des Konkurses hat hier der Fiduziant nur einen obligatorischen Anspruch auf Rückübereignung gegen den Fiduziar. Es fragt sich nun, ob dieser obligatorische Anspruch sich im Konkurs des Fiduziars in ein Aussonderungsrecht verwandeln kann oder nicht, ob also der Fiduziant hier ein Aussonderungsrecht hat oder ob das übereignete Vermögensobjekt in die Konkursmasse fällt.

Der Fiduziar ist Eigentümer des Gegenstandes; nach § 1 K.O. umfaßt die Konkursmasse das gesamte (einer Zwangsvollstreckung unterliegende) Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Konkurseröffnung gehört. Nun ist aber trotz der fiduziarischen Übereignung der Gegenstand eben *nicht* in das Vermögen des Fiduziars übergegangen, wie schon oben ausgeführt wurde. Die Parteien hatten ja gar keinen Übergang in das Vermögen beabsichtigt, einen solchen vielmehr gerade durch die fiducia-Klausel ausgeschlossen. Somit gehört der fiduziarisch übereignete Gegenstand hier nicht in das Vermögen des Kridars, also nicht zur Masse und hat also der Fiduziant ein Aussonderungsrecht bezüglich des Gegenstandes. Die Sache liegt hier anders, als bei der Pfandfiduzia. Dort war ja die Sache wesentlich im Interesse des Fiduziars übereignet worden, während es sich hier um das Interesse des Fiduzianten handelt. Aus dem schon oben Ausgeführten geht hervor, daß die hier

vertretene Ansicht auch von der herrschenden Meinung durchaus gebilligt wird. Kurz sei noch bemerkt, daß dann auch konsequenter Weise, falls etwaige Gläubiger des Fiduziars außerhalb des Konkurses eine Zwangsvollstreckung in ein ihrem Schuldner fiduziarisch übereignetes Vermögensstück versuchen wollten, dann der Fiduziant eine Widerspruchsklage gemäß § 771 C. P. O. dagegen hat.

2. Konkurs des Fiduzianten.

Hier liegt für den Fiduziar keinerlei Recht auf Aus- oder Absonderung vor, da ihm keinerlei Forderung gegen den Fiduzianten zusteht. Der Fiduziar handelt ja hier durchweg entweder ganz oder fast ganz ausschließlich im Interesse des Fiduzianten. Er ist daher auf die Aufforderung des Konkursverwalters zur Herausgabe des Vermögensobjektes an diesen obligatorisch verpflichtet.

§ 8. Die Fälle betrügerischer Ausnutzung des fiduziarischen Rechtsgeschäfts.

Es wurde oben § 4 ausgeführt, daß in der Verwendung des fiduziarischen Rechtsgeschäfts z. B. in der Form der Sicherungsübereignung von Mobilien ev. unter Belassung im Besitz des Schuldners nicht eine Umgehung der Gesetzesvorschriften über die Verpfändung von Sachen zu erblicken ist. Das Gleiche wurde auch bezüglich der Verpfändung von Rechten ausgeführt. Es liegt in diesen Anwendungsfällen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts im Gegensatz zu der z. B. von Kohler[1]) und Hellwig[2]) vertretenen Ansicht keine betrügerische Ausnutzung des fiduziarischen Rechtsgeschäfts. Jedoch kommt eine solche allerdings vor. Zunächst einmal kann das fiduziarische Rechtsgeschäft in der Weise eine betrügerische Ausnutzung erfahren, daß der Fiduziar vor oder während seines Konkurses mittels

[1]) in Iherings Jahrb. Bd. 16 S. 151.
[2]) im Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 64 S. 369 ff.

fiduziarischer Übereignung Vermögensobjekte bei Seite schafft, um sie dem Zugriff der Konkursgläubiger bezw. des Konkursverwalters zu entziehen. Sodann ist hier zu erwähnen der Fall des Vollindossaments zu Inkassozwecken, sofern dieses dazu dienen soll, dem Schuldner begründete Einreden, welche ihm dem Indossanten gegenüber zustehen, zu entziehen. Dieses Beispiel — und vielleicht lassen sich noch andere ähnliche in dieser Richtung finden — ist der Hauptfall der betrügerischen Ausnutzung des fiduziarischen Rechtsgeschäfts, falls man darunter das versteht, daß das fiduziarische Rechtsgeschäft von den Parteien in betrügerischer Absicht geschlossen wird. Unter betrügerischer Ausnutzung dieses Rechtsgeschäfts kann man aber auch noch etwas anderes verstehen, nämlich die Fälle, daß ein fiduziarisches Rechtsgeschäft bei dessen Abschluß eine betrügerische Absicht gegen außen als Motiv nicht vorlag, nun von dem einen Vertragsteil, dem Fiduziar, dem Grundsatz von Treu und Glauben zuwider dem andern Vertragsteil, dem Fiduzianten gegenüber in betrügerischer Weise ausgenutzt wird, indem der Fiduziar die ihm übertragene Rechtsmacht dem Fiduzianten gegenüber in irgend welcher vertragswidrigen Weise mißbraucht. Diese beiden Möglichkeiten eines Mißbrauchs des fiduziarischen Rechtsgeschäfts sind in dessen Natur begründet und werden stets von gewissenlosen Kontrahenten auch benutzt werden.

§ 9. Die strafrechtlichen Wirkungen der Untreue des Fiduziars.

Es fragt sich, ob der Fiduziar durch vertragswidrigen Gebrauch bezw. Verbrauch der ihm übereigneten Sache eine Unterschlagung begehen kann oder nicht.

Da Gegenstand der Unterschlagung gemäß § 246 St.G.B. eine fremde bewegliche Sache ist, so kann an einem Recht also auch an einer Forderung eine Unterschlagung nicht begangen werden. Dagegen kann eine ein Recht beweisende oder begründende Urkunde, z. B. ein Wechsel oder eine Zessionsurkunde, als Sache Gegenstand der Unterschlagung sein.

Die obige Frage ist bestritten. Man könnte zunächst denken, diejenigen Autoren, welche dem Fiduziar Eigentum an dem ihm übereigneten Vermögensstück einräumen, müßten die Möglichkeit der Annahme einer Unterschlagung ablehnen, dagegen seien diejenigen, welche den Fiduziar nur als gleich einem Eigentümer nach außen Berechtigten anerkennen, wie z. B. Staub, zur Annahme einer Unterschlagung gezwungen. Allein diese Vermutung bestätigt sich nicht in vollem Umfang. Sie bestätigt sich in soweit allerdings, als diejenigen, welche dem Fiduziar kein Eigentum an dem ihm fiduziarisch übereigneten Vermögens-Stück zugestehen, auch konsequenterweise die Möglichkeit einer Unterschlagung annehmen.[1]) Allein umgekehrt schließen nicht alle Anhänger der entgegengesetzten Ansicht eine Unterschlagung aus. Einige schließen vielmehr, wenigstens was die fiduziarische Übereignung in Fällen der fiducia cum amico, speziell im Fall der Forderungszession zum Inkasso und des Indossaments zum Inkasso anlangt, folgendermaßen: Der Fiduziar ist zwar rechtlich Eigentümer der abgetretenen oder indossierten Forderung geworden auch dem Fiduzianten gegenüber. Allein wirtschaftlich gehört das fiduziarisch Übereignete in das Vermögen des Fiduzianten. Daher muß sich der Fiduziar Letzterem gegenüber als Träger eines fremden Gutes betrachten. Veruntreut er also die Sache so begeht er eine Unterschlagung im Sinn des § 246 St. G. B.[2])

Diese Ansicht ist m. E. unhaltbar. Wenn oben z. B. bei der Frage, ob der Wechselschulener dem Inkasso-Indossatar Einreden aus der Person des Indossanten auch bei fehlendem dolus des Indossatars entgegensetzen darf, gesagt wurde, richtiger Ansicht nach dürfe dies der Wechselschuldner aus dem Grund, weil der Wechsel wirtschaftlich in das Vermögen des Indossanten

---

[1]) so Staub a. a. O. zu Art. 17 Anm. 14a S. 74.

[2]) so Enneccerus-Lehmann, „Das bürg. Recht" 1900 Bd. I. S. 218 ff. und Bernstein, allg. deutsche und allg. österr. Wechselordnung, Leipzig 1898 S. 113.

gehöre, und dieser somit derjenige sei, um dessen Interesse es sich handle, so darf hieraus nicht geschlossen werden, daß eine entsprechende Erwägung auch zur Annahme einer Unterschlagung seitens des treulosen Fiduziars führen müsse. Es ist eben ein gewaltiger Unterschied zwischen Zivil- und Strafrecht. Hier im Strafrecht trifft ohne weiteres die Behauptung zu, die wir für das Zivilrecht oben gelegentlich abgelehnt haben, daß, wer ein Recht hat, dieses Recht auch in einer vom moralischen Standpunkt aus verwerflichen Weise geltend machen darf. Hier kann einer tun und lassen, was er will, solange er nur das formelle Recht auf seiner Seite hat, solange er m. a. W. nicht gegen ein ausdrückliches Verbot oder Gebot des Strafgesetzbuches verstößt. Und da nun in unserem Fall zweifellos der Indossatar formell im Recht ist, auch wenn er mit dem Gegenstand vertragswidrig verfährt, so liegt auch in einer rechtswidrigen Zueignung der Sache (vom zivilrechtlichen Standpunkt aus gesprochen) seinerseits keine Unterschlagung. Die Sache ist vom strafrechtlichen Gesichtspunkt aus für ihn eben keine fremde, sondern eine eigene, also ist eine „Zueignung" gar nicht möglich. Dies ist auch die herrschende Meinung. Dernburg, welcher früher[1]) hier Unterschlagung annahm, hat diese Ansicht nunmehr augenscheinlich aufgegeben.[2]) v. Liszt[3]) ist ebenfalls der hier vertretenen Ansicht, wenn er sagt: „. . Daher wird durch den Übergang des Eigentums an den Gewahrsamsinhaber die Möglichkeit einer Unterschlagung unbedingt ausgeschlossen, mag auch eine persönliche Verpflichtung zur Rückgabe oder zur Verwendung nach einer ganz bestimmten Richtung hin bestehen." Ebenso Rüdorff und Olshausen. Zu erwähnen ist hier noch die Ansicht Werthauers.[4]) Er nimmt hier keine Unterschlagung an, da

[1]) Pandekten Bd. I S. 236.

[2]) Lehrb. des bürg. Rechts, 3. Aufl. Bd. I. S. 567 Note 13.

[3]) Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl. 1897. S. 468.

[4]) „Der fiduziarische Indossatar und die Einrede des dolus im deutschen Wechselrecht", in Grünhuts Ztschr. für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 13 S. 660.

die Sache für ihn keine fremde und daher eine Zueignung derselben nicht mehr möglich sei. Trotzdem, meint er, „wird die vertragswidrige Handlungsweise eines solchen Indossatars in vielen Fällen nicht der Strafe entgehen, da § 266 St.G.B. Bevollmächtigte, welche über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zum Nachteil desselben verfügen, wegen Untreue bestraft wissen will." Werthauer übersieht hier, daß derselbe Grund, welcher zur Ablehnung einer Unterschlagung führt, auch eine Untreue im Sinn des § 266 St.G.B. ausschließt, und zwar eben der, daß der Gegenstand für den Fiduziar keine fremde Sache im Sinn des St.G.B. ist. Das ist ja in § 266 St.G.B. mit den Worten „Vermögensstücke des Auftraggebers" gemeint.

Somit ist strafrechtlich gegen den treulosen Fiduziar lediglich nichts zu machen. Derselbe ist eben formell im Recht. Der Fiduziant muß das wissen; übereignet er trotzdem fiduziarisch, so nimmt er damit das Risiko eines eventuellen Verlustes auf sich.

III.

Schlußwort.

Werfen wir nach diesen Ausführungen einen Blick rückwärts auf das fiduziarische Rechtsgeschäft, wie es sich uns nunmehr zeigt, so müssen wir sagen, dieses eigenartige Rechtsgebilde ist ein recht zweischneidiges Schwert. Auf der einen Seite trägt es große Vorzüge in sich und kommt einem dringenden Verkehrsbedürfnis entgegen, andererseits aber mahnt es wegen der seiner Natur anhaftenden Gefahren zu vorsichtiger Anwendung. Der Hauptvorzug desselben, dieses Gewähren einer durch die wirtschaftliche Natur des Kausalverhältnisses nicht veranlaßten Rechtsmacht, das zur Erleichterung und Vereinfachung des Rechtsverkehrs beiträgt, ist ein Faktor, in welchem zugleich die hauptsächlichste Gefahr des Geschäfts verborgen liegt, nämlich das Risiko, das der Fiduziant mit der Eingehung auf sich nimmt.

Nicht umsonst haben die Römer der actio fiducia, falls der klagende Fiduziant damit durchdrang, die Wirkung der infamia des treulosen Fiduziars beigelegt; schon sie haben jenes Risiko des Fiduzianten und damit sein Rechtsschutzbedürfnis erkannt, und geglaubt, diesem letzteren am besten indirekt durch eine Strafdrohung zu genügen. Daß aber trotz dieses Risikos und trotz der sonstigen Mängel, die dieses Rechtsgeschäft seiner Natur nach in sich trägt (ich denke hier z. B. an die mögliche Verschleierung der dinglichen Rechtslage sowie an die Möglichkeit eines Mißbrauchs Dritten gegenüber), dasselbe ein solch umfassendes Anwendungsgebiet gefunden hat, das ist m. E. ein deutliches Zeichen, daß es sich hier nicht um eine Rechtsform handelt, deren Anwendnng nur möglich oder in gewissen Fällen besonders geeignet erscheint, sondern daß wir in diesem Geschäft eine Rechtsform vor uns haben, welche einem dringenden Verkehrsbedürfnis entsprungen ist. Ich glaube nicht zu viel zu sagen, wenn ich behaupte, daß fast mit jeder zunehmenden Steigerung des Verkehrs auch das fiduziarische Rechtsgeschäft an Bedeutung gewinnt. Wenn man bedenkt, aus welch kleinen Anfängen es sich entwickelt hat, wie es um seine Existenz und rechtliche Anerkennung ringend allmählich zu einem wichtigen und fast allseitig anerkannten, wenn auch im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnten Faktor des Rechtslebens geworden ist, so drängt sich uns die Überzeugung auf, daß wir es hier mit einem bemerkenswerten und lebensfähigen Rechtsgedanken zu tun haben, und wenn derselbe den Vorzug hat, seine Ahnen bis ins graue Altertum zurückverfolgen zu können und die altrömische fiducia seine Stammmutter nennen darf, so kann dies nur dazu beitragen, uns in dieser Überzeugung zu bestärken. Was nun noch die möglichen Grenzen seiner Entwicklung anlangt, so scheint mir eben aus seiner Existenzberechtigung als dringendes Verkehrsbedürfnis hervorzugehen, daß, sobald dieses Bedürfnis nicht mehr existiert, damit auch dem fiduziarischen Rechtsgeschäft das Grab bereitet sein wird. Sobald ein Gesetz — und mit diesem

Satz möchte ich schließen — die Lücken, denen das fiduziarische Rechtsgeschäft hauptsächlich seine Existenz und Anwendung verdankt (also z. B. das Fehlen einer Mobiliarhypothek im heutigen Recht), durch besondere Rechtsnormen vom Gesetzgeber selbst ausgefüllt sind, zu der Zeit wird auch das fiduziarische Rechtsgeschäft seine im heutigen Recht nicht zu unterschätzende Rolle ausgespielt haben. Damit sind, glaube ich, seiner Entwicklung die Grenzen gesteckt.

finis.